

Dyskurs Prawniczy i Administracyjny

4/2022

Dyskurs Prawniczy i Administracyjny

4/2022

REDAKCJA NAUKOWA TOMU

Martyna Łaszewska-Hellriegel i Anna Chodorowska

Zielona Góra 2023

RADA NAUKOWA

Andrzej Bisztyga (*przewodniczący*, Uniwersytet Zielonogórski), Rainer Arnold (Uniwersytet w Ratyźbonie, Niemcy), Eduard Barany (Słowacka Akademia Nauk), Ewelina Cała-Wacinkiewicz (Uniwersytet Szczeciński), Emilio Castorina (Uniwersytet w Katanii, Włochy), Jerzy Ciapała (Uniwersytet Szczeciński), Anna Chodorowska (Uniwersytet Zielonogórski), Katarzyna Dudka (Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej), Krzysztof Eckhardt (Rzeszowska Szkoła Prawa), Andrzej Gorgol (Uniwersytet Zielonogórski), Sabina Grabowska (Uniwersytet Rzeszowski), Stefan Haack (Uniwersytet Viadrina), Jerzy Jaskiernia (Uniwersytet Jana Kochanowskiego w Kielcach), Jiri Jirasek (Uniwersytet w Ołomuńcu, Czechy), Julia Klauer (Wyższa Szkoła Przedsiębiorczości i Prawa w Berlinie, Niemcy), Martyna Łaszewska-Hellriegel (*wiceprzewodnicząca*, Uniwersytet Zielonogórski), Gabriella Mangione (Uniwersytet Insubria Varese-Como, Włochy), Małgorzata Masternak-Kubiak (Uniwersytet Wrocławski), Tomasz Milej (Uniwersytet Kenyatta w Nairobi, Kenia), Bernadetta Nitschke-Szram (Uniwersytet Zielonogórski), Ivan Pankevych (Uniwersytet Zielonogórski), Sławomir Patyra (Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej), Ryszard Piotrowski (Uniwersytet Warszawski), Maria Rogacka-Rzewnicka (Uniwersytet Warszawski), Krzysztof Skotnicki (Uniwersytet Łódzki), Tadeusz Stanisławski (*wiceprzewodniczący*, Uniwersytet Zielonogórski), Ewa Szewczyk (Uniwersytet Zielonogórski), Bogdan Ślusarz (Uniwersytet Zielonogórski), Miruna Tudorascu (Uniwersytet 1 grudnia 1918 w Alba Iulia, Rumunia), Murat Tumay (Istanbul Medeniyet University), Valeriy Tsybalyuk (Uniwersytet Gospodarki Wodnej i Zarządzania Zasobami Naturalnymi w Równem, Ukraina), Krystyna Wojtczak (Uniwersytet Adama Mickiewicza), Rafał Wrzecieć (Uniwersytet Zielonogórski)



KOLEGIUM REDAKCYJNE

Justyna Michalska (*redaktor naczelny*), Anna Chodorowska (*sekretarz*), Anna Feja-Paszkiwicz, Joanna Markiewicz-Stanny, Magdalena Skibińska, Andrzej Tata, Ewa Żołnierczyk

RECENZJE NUMERU

<http://www.dyskurs.inp.uz.zgora.pl>

REDAKCJA

Aldona Reich

KOREKTA

Ewelina Furtak

REDAKCJA TECHNICZNA

Arkadiusz Sroka

PROJEKT OKŁADKI

Jacek Papla

CC by 4.0



ISSN 2657-926X

Oficyna Wydawnicza Uniwersytetu Zielonogórskiego
65-246 Zielona Góra, ul. Podgórna 50, tel. (68) 328 78 64
www.ow.uz.zgora.pl, sekretariat@ow.uz.zgora.pl

Spis treści

Agnieszka Bielska-Brodziak, Marlena Drapalska-Grochowicz	
Body, sex, gender. Current Polish interpretive moment	7
Izabela Gawłowicz, Angelo Sollano	
The Power of Persuasion of the Ruling of European Court of Human Rights in Vavrička and Others Case	35
Ewa M. Kwiatkowska	
Bezpłatne leki dla seniorów a e-analfabetyzm – o konieczności tworzenia adekwatnych rozwiązań prawnych	49
Martyna Łaszewska-Hellriegel, Ewelina Malinowska	
Ograniczenie wolności i praw w związku z pandemią COVID-19 w Polsce. Teoria i praktyka	61
Antoni Napieralski	
EU Digital COVID Certificate and Data Protection. The Case of Poland and Austria	73
Ioana-Andra Pleșa, Raluca-Clarisa Gligor	
Public health exclusive responsibility of the state? Aspects regarding the crisis generated by the COVID-19 Virus. The legal framework that regulates public health in Romania	91
Marta Szabat	
Heroizm, obowiązek i szkoda moralna w kontekście etosu zawodów medycznych w pandemii COVID-19	105
Joanna Zdanowska	
Rola zdrowia publicznego w zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych	125
Magdalena Rzewuska	
Glosa do uchwały SN z dnia 17 maja 2018 r., III CZP 11/18, Legalis	135

Agnieszka Bielska-Brodziak

Uniwersytet Śląski w Katowicach
ORCID 0000-0002-9926-6436
agnieszka.bielska-brodziak@us.edu.pl

Marlena Drapalska-Grochowicz

Uniwersytet Śląski w Katowicach
ORCID 0000-0002-8602-2918
marlena.drapalska-grochowicz@us.edu.pl

Body, sex, gender. Current Polish interpretive moment*

Keywords: legal sex assignment, gender recognition, interpretation of law

Summary. The paper aims to present Poland's regulations concerning legal sex assignment and gender recognition in light of Poland's social and political situation, which often leads to harmful and pathological decisions in the application of the law. To illustrate this, we will discuss the Polish legal situation regarding legal sex assignment and gender recognition. The authors will use the theoretical-legal concept of the interpretive moment to describe the evolution of the legal situation of individuals undergoing gender recognition procedures, despite the "letter of the law" remaining unchanged during the analyzed period. A change in the "letter" of Polish law is currently impossible due to the political factors. However, the activity of the fourth-wave feminism offers potential for a change in the interpretation of the existing regulations.

Ciało, płeć, płeć społeczna. Aktualny stan wykładni prawa w Polsce

Słowa kluczowe: legalizacja płci, uznanie płci, interpretacja i wykładnia prawa

Streszczenie. Celem artykułu jest przedstawienie regulacji prawnych dotyczących korekty płci prawnej w kontekście polityczno-społecznym. Ten kontekst w ocenie Autorów prowadzi do szkodliwych i patologicznych decyzji w procesie stosowania prawa. Autorzy użyją teoretyczno-prawnej koncepcji momentu interpretacyjnego, aby opisać ewolucję sytuacji prawnej osób przechodzących procedurę zmiany płci, mimo że „litera prawa” pozostała niezmienną w okresie objętym analizą. Zmiana „litery” polskiego prawa jest obecnie niemożliwa ze względu na czynniki polityczne. Jednak aktywność feminizmu czwartej fali oferuje potencjał dla zmiany interpretacji istniejących przepisów.

1. Preliminary issues: interpretive moment

This article presents an interesting fragment of the Polish normative reality: The Polish law's attitude to the human body (in particular its sexuality) and the scope

* The paper was created as a result of the research project No. 2019/35/B/HS5/04464 financed by the National Science Center. The paper was created as a result of the research project No. 2018/29/N/HS5/00905 financed by the National Science Center.

of autonomy that the Polish legislator awards to individuals as regards the possibility to transform and self-create one's own body. It should be stressed that the article primarily focuses on issues related to the legal regulation of sex/gender and the consequences thereof. Other, extralegal contexts of human sexuality (philosophical, social) are not the focal point of the analysis and merely serve to provide a background for the legal status quo.

Before we proceed, a terminological comment is necessary to understand the Polish context better. Neither the Polish natural language nor the language of the Polish law differentiates between sex and gender. In everyday language, one Polish word "płeć" – the equivalent of the English word "sex" – is traditionally used for both these concepts. "Płeć" concerns biological sexual characteristics, and in particular only those features that: "make it possible to distinguish a woman from a man, and – among animals – females from males". Sex is understood as a something that divides the world into two separate categories – women and men – in a way that can be objectively verified¹.

In this text "sex" shall mean biological sex, "legal sex" shall mean sex assigned at birth, whereas "gender" or "gender identity" shall mean a sense of belonging to a given sex or to any sex. "Sex reassignment" (transition) will be understood as a process encompassing a variety of elements such as hormonal therapy and/or surgical procedures intended to achieve body characteristics which correspond with one's perceived gender. Sex reassignment is to be distinguished from "gender recognition" which is the legal procedure aimed at changing the designation of gender in official documents. "Gender recognition" will be used alternatively with "legal sex change". Whenever – due to the specificity of Polish language – it is difficult to define which category in English should be used, we will use a double terminology "sex/gender".

The main thread of the text is an analysis of the relations between the legal sex, biological sex, and gender, with a special focus on establishing what model of sex/gender is given preference and protection in the Polish law and is treated as a basis for determination of a person's sex assigned at birth (legal sex)². The choice of

¹ *Wielki słownik języka polskiego* [the Great Dictionary of Polish Language], Available from: https://wsjp.pl/index.php?id_hasla=3360&id_znaczenia=3942447&cl=21&ind=0 [access: 25.03.2022].

² Knowledge which provides medical background for this paper is a result of cooperation with team of physicians working at the Department of Paediatrics and Paediatric Endocrinology of the Medical University of Silesia in Katowice with Professor Aneta Gawlik MD – specialist in paediatrics and endocrinology, as a team leader. In 2008, Poland's first clinical Sub-department for Disorders of Sex Development was created to diagnose and treat underage patients with DSD. The

a model of biological sex creates quite strong presumptions and results in assigning a person a life role whose change is difficult and often a traumatizing experience. This way, the legislator significantly constrains a person's possibility for living in accordance with their identity. In the light of these considerations, we will discuss access to possibilities for having control over one's body in other, unrelated to sex/gender, cases.

The text is intended to present Poland's regulations concerning legal sex assignment and gender recognition against the background of Poland's social and political situation, which causes pathological and harmful decisions to be made in the process of application of the law. To illustrate this, we will discuss the Polish legal situation as regards legal sex assignment and gender recognition.

We will employ the theoretical-legal concept of the interpretive moment to describe the evolution of the legal situation of persons undergoing a gender recognition procedure, although the "letter of the law" has remained unchanged in the period of time covered by the analysis. A change of the "letter" of the Polish law is also impossible in the current political situation due to the conservative Law and Justice party remaining in power. However, the activity of the fourth-wave feminism offers some potential for a change in the interpretation of the regulations in force. In fact, it can be a tool in the transformation of the application of these regulations and become a real alternative to a legislative change. Taking into account the hitherto-unprecedented dimension of the fourth-wave feminism, we presume that further growth of the movement can translate into liberalization of how law is construed and, using Ehrlich's words, turn into a rapid river that gives a new life to still regulations that are like a water in which water stands³.

We will use methodology based on the notion of interpretive moment, which I understand as a point in time in which one interprets and applies the law. The interpretive moment helps to identify situations that demonstrate that the literal layer of provisions is not the only factor that determines their content; even if "the letter of the law" is clear and unambiguous. "The letter of the law" may inde-

sub-department is currently expanding the scope of its activity to treat underage transgender patients. Given the seriousness and complexity of the issue, as well as the risk that caring for underage patients with incongruent biological sex features carries in Poland, a multi-specialist team was appointed in 2018. In addition to physicians (endocrinologists, surgeons, gynaecologists, urologists), its members are psychologists, psychotherapists and lawyers (including the author of this article). The team creates a unique formula of cooperation – based on the specific cases, it strives to elaborate and implement national medical procedures ensuring standards of safe and uniform medical care in this area (there are not such standards in Poland).

³ E. Ehrlich, N. Isaacs, *The Sociology of Law*, "Harvard Law Review" 1922, vol 36, no. 2, p. 122.

ed change its normative content as a result of the passage of time. Hence, a point on the timeline selected as the interpretive moment becomes one of the crucial determinants for both the outcome of interpretation and – in consequence – for the scope of rights, liberties and restrictions that the addressees of the norms of law are subject to. What matters, from the perspective of the addressee of the law, is therefore not just the literal wording of a provision, but how the provision in question is interpreted by law enforcement authorities (courts, administrative bodies), whose decisions have a fundamental impact on the life of an individual.

Putting together different interpretive moments confirms an important feature of how the law operates: despite an unchanged letter of the law, the way the law is interpreted may change (affecting individual liberties in positively or adversely) and thus the line between what is actually admissible and inadmissible may shift. The most vivid example of this situation in Poland is the current interpretation of abortion regulations. Although the legal status quo has not changed (attempts at both sharpening and loosening the right to abortion have failed), the scope of actual possibilities for performing an abortion has decreased dramatically.

The same applies to Polish regulations governing the legal sex assignment and legal sex change. In case of the latter, too, while the letter of the law has remained unchanged, its application – depending on the changing social climate – becomes more or less troublesome and problematic for individuals whose gender and legal sex are in conflict.

The interpretive moment appears where we consider the intention of the historical and current legislator⁴. In case-law countries, the interpretive moment can be reconstructed in two categories: historical and current. Both play a crucial role in the dispute between the grand doctrines of originalism and living constitutionalism, and – to some extent – between textualism and intentionalism⁵. Both pairs of notions express similar intuitions: interpretation can recreate a meaning attributed to provisions after they were enacted or a meaning provisions gain at

⁴ Ch. Perelman, *Logika prawnicza. Nowa retoryka*, Warszawa 1984, pp. 199-200.

⁵ See: J.M. Balkin, *Framework Originalism and the Living Constitution*, "Northwestern University Law Review" 2009, vol. 103, pp. 549-614; L.B. Solum, *We Are All Originalists Now*, [in:] *Constitutional Originalism. A Debate*, ed. L.B. Solum, R.B. Bennett, Ithaca-London 2011; L.B. Solum, *Originalism versus Living Constitutionalism: The Conceptual Structure of the Great Debate*, "Northwestern University Law Review" 2019, vol. 113, No. 62019, pp. 1243-1296; D.A. Strauss, *The Living Constitution*, Oxford 2010; W. Baude, *Is Originalism Our Law?*, "Columbia Law Review" 2015, vol. 115, pp. 2349-2408; I.P. Farrell, *Enlightened Originalism*, "Houston Law Review" 2017, vol. 54, pp. 569-638; A. Bielska-Brodziak, *Śladami prawodawcy faktycznego. Materiały legislacyjne jako narzędzie wykładni prawa*, Warszawa 2017.

different moments in time since their enactment, after they have been in force for some time. This concerns those situations where the “letter of the law” has remained unchanged, but the scope of actual situations decided based on it changes or the manner of deciding in such situations changes (to more or less restrictive or troublesome for the citizen).

The interpretive moment furthermore helps to gain an understanding of the entire context of understanding of the law: normative, political, and socio-cultural, and realise how this context affects how the “letter” of the law is understood at a specific point in time. The use of the interpretive moment is particularly useful when one is analysing socially controversial problems. In Poland, these include issues related to human sexuality, abortion, single-sex relationships, acceptable ways of management of human corpses, or animal rights.

An intrinsic change in the meaning of provisions of law is intuitively associated with two situations. First of all, it is strongly visible in the periods of systemic transformation, when the axiology of a state undergoes major changes in a more or less abrupt way (current changes in the understanding of provisions of the Constitution or provisions governing access to abortion in Poland). The second case concerns situations when regulations, literally unchanged, have been in force for many years in the ever-changing socio-economic realities. The latter is strictly linked with the issue of sex and the thesis that the activity of social movements in the fourth-wave feminism many change how the provisions that regulate sexuality are interpreted. We assume in this regard that while a legislative change of provisions governing the assigning and legal sex change is currently not possible in Poland (as the parliamentary majority is radically conservative⁶), it is possible to raise elementary social awareness in this area. We believe that effective provision of evidence-based medical knowledge on human sexuality is fundamental for the change of social preconceptions and, as a result, the reinterpretation of the legal procedures currently in force. This is something that the activity of social movements, in particular the fourth-wave feminism, can bring about. This is all the more important since the debate that accompanied legislative works on the law on gen-

⁶ The ruling party, in its vote on the Law on Gender Recognition in 2015 persistently voted against the law (in the final vote, after the III reading, of 129 persons voting, as many as 128 voted against and 1 person abstained). Unless there is a transfer of power, chances of the draft turning into a binding legislation are slim to none – the current ruling party together with its coalition have as many as 235 votes in the Sejm.

der recognition showed how unscientific and harmful are opinions voiced by both Polish MPs⁷ and Polish president⁸.

2. A few reflections on autonomy and care in the context of intersex and transgender people

“It would be a great misunderstanding of this doctrine [autonomy] to suppose that it is one of selfish indifference, which pretends that human beings have no business with each other’s conduct in life, and they should not concern themselves about the well-doing or well-being of one another, unless their own interest is involved. Instead of any diminution, there is a need for a great increase of disinterested exertion to promote the good of others. But disinterested benevolence can

⁷ Examples of opinions expressed in the course of legislative works on the draft law on gender recognition: E. Rafalska: “The law radically, drastically changes the definition of sex and introduces a new concept of gender identity. As a result, gender will mean a preserved, intense perception and experiencing of one’s sexuality. This calls into question the principle of biological determination of sex and proposes a quick, fast-track medical-judicial path that allows individuals to determine what their sex is and instantly receive new ID documents free of charge. A court will issue its decision without evidentiary proceedings – it will merely recognize the sex. [...] This allows a situation where a person whose physical features indicate a certain sex will be legally considered a representative of the opposite sex. The draft law therefore created a third sex – applicable to individuals whose physical features belong to one sex, and whose legal status belongs to the other sex” (Session of the Sejm np. 55 of 3 December 2013 (first day of deliberations), I reading of the draft law); T. Latos: “I fear that some decisions that are taken by the WHO and that were taken in the past, were, according to my best knowledge, Mr. minister, taken in the form of a vote. I will not refer to another anomaly that was once treated as a disease and, through a vote none the less, Mr. minister, believe me, the smile on your face is unfounded, the vote in question led to a decision that starting from a certain point in time in the past it was no longer to be treated as a disease” (Session of 9 July 2015, Sub-committees: Committee on Justice and Human Rights /no. 264/; Health Committee /no. 214/). Undersecretary of state at the Chancellery of the President, A. Surówka-Pasek: “[The law] will tempt to circumvent the provisions that stipulate that only opposite-sex marriages can exist, and will violate the principle of a dichotomous division of the society into two sexes, by creating a sort of third sex. And the creation of this third sex will, in fact, lead to stigmatization of individuals who have to deal with the problem of transsexuality on a daily basis” (Session of 9 October 2015; Committee on Justice and Human Rights /no. 280/; Health Committee /no. 234/; after presidential veto).

⁸ Motion by President of the Republic of Poland Andrzej Duda to reject the law on gender recognition: “Consent to legally correct sex without performing relevant anatomical corrections on the applicant will lead to social and legal functioning of persons whose legal (assigned) sex will be different than their biological sex. Allowing for such situations to take place will encourage attempts at circumventing the provisions that stipulate that only opposite-sex marriages can exist and will violate the principle of a dichotomous division of the society into two sexes, by creating a sort of third sex, applicable to persons whose physical features are representative of one sex, and their legal status – the opposite sex. The basis for an individual’s functioning is their gender identity, i.e. their self-recognition as a woman or man. Belonging to a specific sex entails legal consequences in the personal, family, and social sphere (p. 7). [...] I hereby call on the High Chamber to not introduce to the legal system a law that envisages systemic changes that can effectively destabilize social norms through denying the existence of a dichotomous division of people into women and men. (p. 8)”.

find other instruments to persuade people to their good than whips and scourges, either of the literal of the metaphorical sort”⁹. Autonomy is treated as a value so great, that it is not even being contested by potential damages incurred as a result of making use of it¹⁰. Adopting a perspective offered by the ethics of care may prevent us from this way of thinking. Humans, as subjects of legal regulations, are not some impersonal beings on whom legal “operations and investments” are performed. Vulnerability and the relational context of life are two essential factors that, if taken into account by the legislature, may prevent the legislature from making decisions exposing individuals to unnecessary suffering. The fundamental task of each state is therefore to ensure that basic needs of its citizens are met – in order to the legislature to do its job properly, it must be attuned to their voices. As Jonathan Herring has pointed out, „Care is often invisible in public policy and ethic, when it should be at the heart of it. [...] We all have needs and caring for others in meeting these needs and having our needs met by the care of others is a universal experience”¹¹. The perspective of care shows individuals’ “soft spots” and their diversity. With this perspective, the legislature can improve, at low cost, these elements of life that it has an impact on. More specifically, not only can it select these delicate elements that expose an individual to suffering, but also effectively listen to these needs and respond to them. In the current situation, the Polish legislature regulates the relations between an individual and his or her body in a non-uniform way: while in some areas (e.g. transforming the body through aesthetic surgery), it promotes an individual’s almost complete autonomy, in other aspects (including the legal sex assignment and gender recognition), the legislature chooses an extremely paternalistic approach. This is in no way motivated by care for citizens; instead, it is indicative of a selective treatment of and attitude to different aspects of human life.

Current social situation in Poland is making clear the necessity of a deep reflection and the need to work out some new answers to a number of fundamental questions in the space of “subject – its body” relation. Among them, especially interesting are the questions relating to “processing” of the human body, particularly with reference to sex and sex organs. Is the body – in a legally relevant sense – just the external entity, or is it also “the inside”? What if the body is not really coherent: the brain “dictating” one thing, and the rest of the body the other? Should the law draft any borders limiting subject’s authority and influence over its body

⁹ J.S. Mill, *O wolności. O zasadzie użyteczności*, Warszawa 2003, p. 113, cited for: M. Boratyńska, *Wolny wybór. Gwarancje i granice prawa pacjenta do samodecydowania*, Warszawa 2012.

¹⁰ D. Cowart, R. Burt, *Confronting Death: Who Chooses, Who Controls?*, “The Hastings Center Report” 1998, vol. 28, No 1, pp. 14-24.

¹¹ J. Herring, *Law and the Relational Self*, Cambridge University Press 2020, pp. 58-59.

and if so, to what extent? Should the body (e.g. some particular view of its sexuality) be granted the protection reaching even beyond the will of the subject itself?

3. Assigning and changing of legal sex (gender recognition) in the Polish legal system

One of the authors of this article have broadly discussed the issue of legal sex assignment and correction of wrongly assigned legal sex in several articles and encourage all interested readers to read those materials¹². Here, we shall only briefly outline the problem.

3.1. How the conflict between biological sex and legal sex is possible?

Legal sex being different from biological sex and gender identity: an individual experiences incongruence between personal gender identification and the assigned legal sex (at the moment of birth, legal sex will be assigned that will later appear to be inconsistent with the individual's gender identity, which will only be revealed in later stages of the individual's development). The medical reasons for this are diverse. A special category of cases dealing with a conflict between legal and biological sex is Disorders of Sex Development (DSD)¹³. These cases deal with individuals with improperly developed external and/or internal sex organs, or that frequently exhibit both male and female physical features. The specificity of this medical category is of utmost significance for legal reflection, since many cases shortly after birth raise medical doubts regarding what gender the child/adult will identify with in the future. Such doubts should result in undertaking whatever measures necessary to dissolve the doubts in a reliable way before medical assessments become the basis for determining the legal *status quo*.

However, current procedures for legal sex assignment in Poland (finalised, with no exception, immediately after birth) do not leave time for performing the comprehensive medical procedures available, thus carrying the risk of error; the cur-

¹² A. Bielska-Brodziak, A. Gawlik, *Dzieci bez płci: jak polski prawodawca rozwiązuje problemy osób interseksualnych. Część 1*, „Prawo i Medycyna” 2016, No 2, pp. 5-28; A. Bielska-Brodziak, A. Gawlik, *Dzieci bez płci: jak polski prawodawca rozwiązuje problemy osób interseksualnych. Część 2*, „Prawo i Medycyna” 2016, No 3, pp. 6-30; A. Bielska-Brodziak, A. Gawlik, *Is sex essential for personhood?: being «halfway between female and male» from the perspective of polish law*, [in:] *Legal personhood: animals, artificial intelligence and the unborn*, Springer International 2017, pp. 141-158; A. Bielska-Brodziak, A. Gawlik, S. Brodziak, *Oswajanie nieoswojonego, czyli o metodzie przypisywania płci prawnej w świetle wiedzy medycznej*, „Societas Communitas” 2018, No 1-2, pp. 19-42; A. Bielska-Brodziak, M. Boratyńska, *Zaburzenia różnicowania płci i transseksualizm*, [in:] *System Prawa Medycznego. Regulacja prawna czynności medycznych*, t. II, part 2, eds. M. Boratyńska, P. Konieczniak, Warszawa 2019, pp. 517-570.

¹³ This has been referred to earlier as intersexuality.

rently acceptable procedures applied to correct such errors burden the individual with unnecessary and acute consequences.

Second, very significant and more familiar category (of conflict between biological and legal sex) is gender incongruence (previously named: transsexualism). In International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (ICD-11), which came into force by 1 th January 2022 r. there is new diagnostic category: **gender incongruence**, which is assigned to a new category of health problems: “Conditions related to sexual health”¹⁴. Gender incongruence is defines as marked and persistent incongruence between an **individual’s experienced gender** and the **assigned sex**. Gender variant behaviour and preferences alone are not a basis for assigning the diagnoses in this group”¹⁵.

Due to the specific nature of cases involving gender incongruence, i.e. the fact that it’s manifests itself quite late in life, contemporary medicine cannot identify individuals predisposed to this incongruence at the moment of birth (or shortly after). In view of the above, postponing the registration of sex on birth certificates in order to diagnose gender incongruence is not rational. Consequently, the only solution available is resorting to the procedure of legal sex change.

Referring to previous studies¹⁶, we outline only the key determinants of biological and legal sex. Biological sex is a complex set of features, allowing classification of organisms as either male or female¹⁷. The most extensive presentation of these criteria, based on sexology, distinguishes chromosomal sex (genotype sex), gonadal sex, internal sex, external sex, phenotypic sex, hormonal sex, metabolic sex, social

¹⁴ As Robles at al. points out: “the proposal for WHO’s ICD-11 is to remove categories related to transgender identity from the Mental and Behavioural Disorders chapter and place them in a new ICD-11 chapter called Conditions Related to Sexual Health,18 which is conceptualised as a more medically oriented chapter. The ICD-11 proposal names the category gender incongruence and emphasises the individual’s subjective experience of incongruence between the individual’s experienced gender and the assigned sex.3 The proposed diagnostic guidelines note that gender incongruence can be associated with clinically significant distress or impairment in social, occupational, or other important areas of functioning, particularly in disapproving social environments, but neither distress nor functional impairment is a diagnostic requirement”. R. Robles, A. Fresan *et al.*, *Removing transgender identity from the classification of mental disorders: a Mexican field study for ICD-11*, “The Lancet” 2016, p. 3.

¹⁵ Międzynarodowa Klasyfikacja Chorób ICD-11 (ICD-11), <https://icd.who.int/browse11/l-m/en#http%3a%2f%2fid.who.int%2fcd%2fentity%2f411470068> [access: 18.03.2022].

¹⁶ See references in note 13.

¹⁷ J. Strzałko, *Słownik terminów biologicznych*, Poznań 2006, p. 495; K. Imieliński, S. Dulko, *Przekleństwo Androgyne. Transseksualizm: mity i rzeczywistość*, Warszawa 1988, pp. 13-14; J. Vetulani, *Mózg męski i mózg żeński*, [in:] *Psychiatria na obcasach*, ed. D. Dudek, J. Rymaszewska, Warszawa 2014, pp. 15-17; A.T. Midro, *Genetyczne i epigenetyczne uwarunkowania płci człowieka*, [in:] *Gender – spojrzenie z różnych perspektyw*, ed. W. Wierzchorek, Warszawa 2015, p. 86; R. Ziemińska, *Płynność płci biologicznej i performatywność płci kulturowej*, “Kultura i Edukacja” 2015, vol. 32015, pp. 247-252.

sex (sex assigned at birth), brain sex, and psychic sex¹⁸. From the perspective of the evaluation of the quality of current legal solutions, it is important to highlight the following components of biological sex as the main ones: genetic sex (based on the presence of sex chromosomes – the X and Y chromosome), gonadal sex (based on the structure and function of gonads – testicles and ovaries), somatic (genital) sex, and last but not least, psychic sex. Gender identity is considered to be one of the aspects of psychic sex¹⁹. Sexual differentiation, or the “decision” about whether a child will be born a boy or a girl, occurs in the foetal period of development. Current developments in the biological sciences indicate that it is the hormonal component (presence and activity of sex hormones), which is derived from genetic and gonadal sex, that plays the largest role in determining an individual’s sex²⁰. The formation of genetic and hormonal interdependencies during pregnancy will lead to the occurrence of a specific biological sex in a newborn, including the occurrence of one of its most significant aspects – the psychic sex, which will manifest itself through gender identity, or a sense of belonging that one feels for either the female or male sex²¹.

In Poland, legal sex is, as a general rule, determined by one of the components of biological sex, namely genital sex, which in turn is determined the moment a child is born. In the Polish culture, genital sex is intuitively associated with the notion of sex as a whole – it is simply the way external sex organs look that classically categorise an individual as either male or female. At the moment of birth, genital sex is the most important „proof” or indicator of whether the newborn is a boy or a girl; the visible and (seemingly) easy to classify external sex organs are the key determinant of legal sex.

It can be said that “*who I am*, in the sense of individual identity, is determined by the whole of biological sex, the most important component, from the perspective of an individual, being psychic sex (gender identity). *Who I am*, in the individual sense, is determined by psychic sex; if taken literally, the statement can be made that *I am* the only person who can specify what my identity is. On the other hand, *who I should be*, in the social sense, is determined by the legal sex that was assigned to an individual without any personal participation.

The current perspective of medical science seems to be quite convinced that „Psychic sex cannot be reduced to subjective feeling dependent on human volition

¹⁸ S. Dulko, *ABC... płci*, “Kosmos. Problemy Nauk Biologicznych” 2003, vol. 52, no 1 (258), pp. 5-6.

¹⁹ *Ibidem*, p. 7.

²⁰ A.T. Midro, *op. cit.*, pp. 83-102; J. Ostojcka, *Sądowa zmiana płci*, doctoral dissertation written at the Faculty of Law and Administration, University of Warsaw 2014, pp. 15-18.

²¹ S. Dulko, *ABC... płci*, pp. 7-8.

as in ‘I want to be a woman’ or ‘I want to be a man’²². A sense of belonging to either gender is determined as early as in the foetal life and does not change at later stages of life²³. Until the sixth week of embryonic life, the gonads are bipotential, and further differentiation into female or male structures depends on the presence and correct functioning of a cascade of genes. Therefore, a child is not psychosexually neutral at birth, as the process of building gender identity commences the moment a human embryo is created²⁴ - „Infants are not blank slates, on whom we scrawl instructions for sexually-appropriate behaviour”²⁵.

The scientific advances in the past decades have changed the way of answer the question of where sex/gender “resides” in the human body. While the answer is still far from definite and unambiguous, it shows that using the prima facie evidence (evidence obtained by examination of a person’s external sex organs) to label people as representing one or the other sex is incorrect and should be approached by the law more cautiously. Regrettably, this knowledge has failed to trigger any significant changes in the Polish legal regulation.

3.2. Polish law and the conflict between biological and legal sex

Several years of our exploration of the discussed issues allows identifying specific legal problems resulting from the inability to unambiguously determine legal sex. Two situations should be distinguished here. The first one is when physicians notice symptoms indicating DSD after a child is born and the legal problems that could arise from a hasty issuance of the child’s birth certificate. The second situation is related to eliminating the consequences of wrongly assigning the legal sex, which usually takes the form of a legal sex change (gender recognition).

3.2.1. Assigning a legal sex

The key regulations governing the assignment of legal sex (sex registered at birth) have been set forth in the Civil Registry Records Act²⁶. A prerequisite for legal „existence” of a child and, therefore, for execution of its rights, is the issuance of an official document – a birth certificate, which is the final outcome of this pro-

²² J. Ostojka, *op. cit.*, p. 19; J. Vetulani, *op. cit.*, pp. 15-17.

²³ See: S. Dulko, *Transseksualizm. Wybrane aspekty kliniczne*, paper delivered at the scientific conference at University of Gdansk: “Legal, Medical and Psychosocial Aspects of Transsexualism”, Gdańsk, 28 November 2012.

²⁴ K. Imieliński, S. Dulko, M. Filar, *Transpozycje płci. Transseksualizm i inne zaburzenia identyfikacji płciowej*, Kraków 2001, p. 41.

²⁵ A. Moir, D. Jessel, *Płeć mózgu. O prawdziwej różnicy między mężczyzną a kobietą*, Warszawa 2015, p. 33.

²⁶ Act of 28 November 2014 on Civil Registry Records, Journal of Laws of 2014, *item* 1741, further CRRA.

cedure. The birth certificate is a document which, alongside the forenames and surname of the child, the date and place of its birth, and the parents' forenames²⁷, and contains an **obligatory entry regarding the child's sex**²⁸. The birth certificate is drafted on the basis of two documents: (1) a medical certificate indicating the child's sex, known as the statement of live birth, issued mandatorily by a health care facility (in most cases the hospital in which the child was born), and (2) the birth notification form, filled out by the parents.

The entity performing medical activities has no deadline specified in the provisions on civil status records to draw up a birth card or a stillbirth card. The status of the card is unclear, and its determination depends on whether it is determined or there is a time limit for its preparation, despite the fact that it is not specified in the Act on civil status records. The first of the proposals treats the birth card and the stillbirth card as a certificate within the meaning of Section VIII of the Code of Administrative Procedure²⁹. The certificate should be issued without undue delay, but not later than within seven days³⁰. However, the doctrine also recognizes that not always can be considered a certificate confirming documents that provide authorities and institutions with data that cannot be derived without appropriate medical knowledge³¹. The second of the proposals therefore treats birth and stillbirth cards as other supporting documents, which are not certificates. Consequently, it recognizes that there is no strict time limit for the preparation of these documents³². However, the entity performing medical activities is obliged to provide it within 3 days (birth card) or 1 day (still birth card) after preparing this document³³.

Regardless of the performance of the obligation by the medical entity, the child's mother or father is also required to report the birth of a child³⁴. They must fulfill this obligation within 21 days from the date of drawing up the birth card or 3 days from the date of drawing up the still birth card³⁵.

²⁷ What is important, it is necessary to specify the "father" and "mother" in the Polish birth certificate. It is not possible to write "parent 1" and "parent 2", which is one of the normative manifestations of the lack of acceptance for understanding parenthood other than as a couple of a woman and a man.

²⁸ Art. 60 of the CRRA.

²⁹ Ustawa z dnia 14.06.1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 735 ze zm.).

³⁰ Art. 217 § 3 ustawy z dnia 14.06.1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 735 ze zm.).

³¹ Z.R. Kmiecik, *Instytucja zaświadczenia w prawie administracyjnym*, Lublin 2002, p. 168 *et seq.*

³² Zob. A. Gawlik, A. Bielska-Brodziak, G. Krawiec, *Dzieci bez płci. Jak polski prawodawca rozwiązuje problemy osób interseksualnych. Część druga. Zasady przypisywania płci prawnej*, "Prawo i Medycyna" 2016, nr 2, pp. 11-16.

³³ Art. 54 ust. 1 i ust. 3 zdanie drugie ustawy z dnia 28.11. 2014 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 709 ze zm.).

³⁴ *Ibidem*, Art. 57 ust. 1.

³⁵ *Ibidem*, Art. 55 ust. 1.

The regulations do not include cases where the gender of a child cannot be determined. It is clearly assumed that gender is always ascertainable - with the exception of early pregnancy miscarriages. It is possible that the legislator's silence about the impossibility of sex determination is based on the assumption that a child must be assigned any gender, even if it is not certain. As already indicated, the earliest possible stabilization of the marital status is extremely important for the legislator, even more important than determining the truthful data.

In cases when physicians see symptoms indicating DSD after the birth of a child, there are two possible scenarios: they may attempt to delay the issuance of a birth certificate, or determine the child's legal sex regardless of any doubts they might have. In the latter case, the only way to reverse the consequences of making a hasty and missed decision will be through the procedure of a gender recognition (more on that in the section devoted to legal sex change). Let's analyse the first scenario in more detail. It is possible that physicians and a child's parents are ready to undertake measures to postpone the issuance of the birth certificate. Two types of measures are possible here: the physicians delay sending the statement of live birth, and/or the parents attempt to get registrars at the Public Registry Office to consent to extending the deadline for issuance of the birth certificate.

In these cases, the people affected by the most severe negative consequences are obviously the parents and the child itself. One of the non-legal, though extremely severe, results of delaying the issuance of a birth certificate is the potential societal reaction. The absence of a birth certificate requires a lot of courage and determination from the parents, who need to face possible reactions (coming both from various officials and the community they live in) to revealing the fact that their child is „sexless” as a result of not having a birth certificate. As a general rule, the Polish society is not tolerant or open towards any sexual distinctness, and any gender identity issues are socially stigmatised³⁶. In cases where a child's legal sex cannot be determined, some authors explicitly postulate that the issuance of the birth certificate should be postponed until physicians can unambiguously assign it³⁷; this is not in fact often practised and the period between the birth of a child and the issuance of a birth certificate is not long. The longest prolongation period

³⁶ One example could include an opinion expressed by Patryk Jaki on “LGBT/gender ideology” on Facebook, available from: <https://www.facebook.com/PatrykJaki/posts/2734762389961154> [access: 18.03.2022]: “Let's dissect the issue. The term «LGBT ideology» derives from «Gender ideology». If, as the mainstream claims, there is no such ideology, then what do gender departments all over the world teach? They teach that gender is «culturally determined». This, obviously, is nonsense since sex does not depend on culture but on biology. The division of roles of men and women is a consequence of natural biological differences. A man cannot get pregnant, cannot breastfeed a child. (2)”

³⁷ A. Czajkowska, E. Pachniewska, *Prawo o aktach stanu cywilnego. Komentarz. Orzecznictwo. Wzory dokumentów i pism*, Warszawa 2011, p. 106.

We aware of was approximately three months. As a rule, birth certificates are issued within the time limits stipulated by the law. The reasons for this are not only common practice for physicians and officials, but also due to pressure from a significant proportion of parents who – perhaps lacking psychological support – want this delicate and socially stigmatising matter to be over as soon as possible. Having a birth certificate becomes a priority for them, even at the risk of premature legal sex assignment of their child (a risk that they probably subconsciously repress).

As far as the strictly legal consequences are concerned, the absence of a birth certificate is a major obstacle to exercising the majority of the child's rights, or the parents' rights related to the birth of the child. As the birth certificate is a primary document (attesting that a new subject of the law was born), it is non-substitutable. The legal importance of the birth certificate is best proven by the scope of legal procedures that cannot be initiated and carried out without it. These encompass procedures in the field of civil law, family law, inheritance law, insurance law, administrative law, and labour law. In order to be initiated, each of the procedures requires the provision of a birth certificate. The range of procedures that require the birth certificate is really extensive.

Whereas the need for prompt issuance of the birth certificate is unquestionable due to its legal importance, the reasons why a person's sex is a requisite element for the issuance thereof are not clear. The reasons why the Polish legislator has decided to adopt this type of an exceptionless solution are not known and have not been specified in the relevant legislative process materials. After all, the law on civil registry of records that is currently in force is a new act, developed when medical knowledge on DSD cases was already well established.

3.2.2. Polish procedure of gender recognition (legal sex correction)

What happens at this stage is in fact reconciliation of the legal sex specified in official document, with the actual gender, i.e. gender perceived by an individual. Nothing else. In particular, there is no mention of „changing the sex” since, as we have written above, we have no authority to change our own sex, determined in foetal life. What can be done is the reconciliation, correction, rectification of official documents in order to correct an error originally made in the process of drafting of these documents.

However, it should be noted that Polish legal culture discusses just „sex change” in general terms. This creates a damaging popular belief that a person can influence what gender they want, freely choose between the genders, and subsequently change any decision made regarding this choice; this gives the impression that

“changing sex” may be an ill-considered whim and the state should oppose it³⁸. Paternalistically – like a good father who knows better.

Also popular is a counterfactual fear that a person’s environment may successfully trigger that person’s need to change their legal sex (where in fact the opposite is the case – pressure from the environment more often leads to not making the decision to rectify misassigned legal sex even though the person’s legal sex is incongruent with gender identity). In Poland, it was not until the year 2013 that the first draft law regulating these issues was submitted³⁹, introducing the notion of gender recognition, understood as a procedure for rectification of legal sex wrongly assigned at birth and incongruent with a person’s gender identity. The draft was supposed to highlight the fact that while human biological sex, “coded” during the foetal life, is permanent, it is not always congruent with a person’s external body. Hence the “change” of legal sex should in fact be a rectification of the state’s original and missed decision, and should reconcile a person’s legal sex with their actual biological sex (gender identity). What the proposal did was shed light on the existence of a claim that the state should assign legal sex correctly and, in the event of misassignment, rectify it in a way to protect the individual concerned. Although the law did not enter into force, it constituted a major step towards raising social awareness⁴⁰ of the issue of gender and the state’s obligations of assigning legal sex to its citizens.

³⁸ It should be stressed that the transition, i.e. everything that happens between the moment an individual defines himself or herself as transgender until the moment the process of sex correction is completed (the process from transitioning from “the incorrect” to “the correct”) cannot be treated as a whim, which is how Poland’s rightist circles try to present it. It is a lengthy process of “returning to oneself”, both in the medical and socio-cultural sense. It is by no means an easy process, one that an individual decides to start on a whim. As Małgorzata Bieńkowska has rightly observed, “transsexualism is the revealing and uncovering of who one really is; it is the naming and understanding of one’s own distinctness; it is the determination of one’s identity. The next, natural step is the decision as to what one is supposed to do with himself or herself. This decision is neither simple, nor easy”. M. Bieńkowska, *Transseksualizm w Polsce*, Białystok 2012, pp. 150-151.

³⁹ Art. 1 of the draft law on gender recognition, parliamentary print no. 1469 of the Sejm of the 7th term, available from <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=1469> [access: 18.03.2022].

⁴⁰ This area of activity is the exclusive domain of dynamically operating non-governmental organizations that undertake many educational actions. For example, Organizacja Kampania Przeciwko Homofobii (Organization Campaign Against Homophobia) information campaigns on intersexuality (online) available from: <https://kph.org.pl/interplciowosc-dowiedz-sie-czym-jest/> [access: 18.03.2022], social campaign “Rainbow Friday” as an expression of solidarity for LGBT school youth. In turn, the Trans-Fuzja Foundation publishes several reports and publications, including textbooks for teachers *How to help transgender youth?*, reports on the situation of transgender families in Poland (Raport: *Rodzina przede wszystkim – trans rodzicielstwo w Polsce*, eds. I. Jąderek, W. Dynarski, A.M. Kłonkowska, Warszawa 2019, https://tranzycja.pl/media/docs/rodzina/raport_rodzina.pdf [access: 18.03.2022]).

What will happen if physicians, acting hastily, make a wrong decision? The Polish legal system does not have a quick and simple procedure for the rectification of legal sex. The procedure for “changing” (recognition) sex assigned at birth is uniform, irrespective of why such a change is necessary; it is also traumatizing⁴¹. Legal sex change is the exact opposite of legal sex assignment. Whereas birth certificates are issued hastily because of the provisions of the law (although, up to a certain age, the legal sex is not as legally important as it is in the adult life)⁴², “changing” a misassigned legal sex involves a lengthy procedure, often carried out long after the mistake was revealed. Paradoxically, in order to initiate reversing the effects of decisions that were legally required to be made within approximately 30 days after birth, several years must pass until the child becomes an adult, and then even more years are required for the court procedure to be formally completed. However, it is not only the time that is a burden to the person affected. The Polish legal system *expressis verbis* does not provide for misassignment of legal sex, and therefore does not provide explicitly for any procedures for the correction of such an error. Legal sex change is performed using an institution referred to in Art. 189 of the Polish Civil Procedure Code, namely „action for a declaratory judgement”. Whereas the provision was not originally developed for such purposes, it is nevertheless used in such cases due to the nonexistence of specific and adequate legal tools. This raises justifiable objections as such a delicate and private matter ought to be regulated in a way that guarantees respect and dignity to the person affected.

Detailed presentation of the gender recognition procedure goes beyond the framework of this paper⁴³. Nevertheless, it is worth pointing out these elements of the procedure which show the scope of personal costs incurred by a person undergoing legal sex change in Poland. First of all, the procedure is usually initiated by the interested party after they have reached adulthood, even though the incongruence between sex assigned at birth and biological sex is often revealed much earlier (in both - trans people and people with DSD). There is not only a legal requirement,

⁴¹ See: W. Dynarski, K. Śmiszek, *Sytuacja prawna osób transpłciowych w Polsce: raport z badań i propozycje zmian*, Fundacja Trans-Fuzja, Polskie Towarzystwo Prawa Antydyskryminacyjnego, Warszawa 2013, p. 46: “one example is how the court refers to petitioners – in fact, the very word petitioner is problematic in Polish for it is marked for gender; As one of the respondents said, “The very fact that the judge made it clear from the very beginning that she was going to refer to me in the female form indicated to me that she wasn’t even trying to understand the case. Despite my look, clothes and a clear character of the case, she continued to refer to me in the female form, used my old name and corrected herself whenever she used masculine word forms for, as she herself said, she had to stick to what was in my documents and case file”.

⁴² The importance concerns areas such as marriage or motherhood/fatherhood.

⁴³ Also, it has been widely discussed in literature. See: A. Czechowska, *Wybrane zagadnienia chirurgicznej zmiany płci u osób dotkniętych transeksualizmem w Polsce*, “Prawo i Medycyna” 2012, no 2, pp. 91-104; M. Boratyńska, *Wolny wybór. Gwarancje i granice prawa pacjenta do samodecydowania*, Warszawa 2012, pp. 538-558.

but also by the trauma related to the closest relatives (parents) having to disclose socially stigmatising knowledge which they have attempted to keep secret for as long as possible, often with the hope that time and adolescence would eliminate the dissonance. What is more, the procedure of gender recognition is carried out as a dispute, and thus makes it necessary to take action against the closest relatives (parents), as the existence of the other disputing party, against whom action will be taken, is required⁴⁴. This appears to be less painful if the relatives of the person intending to correct their sex assigned at birth accept the decision. If this is not the case, the action unquestionably causes that person to suffer, forcing them to be in open conflict with their closest relatives in a court of law.

As we have pointed out⁴⁵, Polish law does not sufficiently protect human identity and autonomy at the stage of legal sex assignment and neither does it support human identity and autonomy at the stage of gender recognition. A question is, therefore, what does it protect by resolving cases involving human sexuality through the use of paternalistic regulations? Regulations wherein the deciding role in determining the official status of an individual is not played by the will of the individual in question but by how their genitals look⁴⁶.

4. Several remarks on the current Polish interpretive moment and the reasons for an absence of changes⁴⁷

Current developments in science and technological advances offer an almost unrestricted access to information. Unfortunately, the issue of a conflict between biological and legal sex clearly shows that the law fails to make use of these access opportunities and remains passive and indifferent to the knowledge elaborated by

⁴⁴ See: W. Dynarski, K. Śmiszek, *op. cit.*, p. 48: Reports by the Trans-Fuzja Foundation could be used as an example here. The Foundation interviewed transgender people, who critically reviewed this manner of proceedings, and argued the procedure needed to be simplified: "Determining everything through an administrative procedure would likely allow to save time. Administrative procedure alone would make it much easier for individuals in need who could then simply go to an office and say – I want to function as a woman, please change the name in my ID and my assigned sex"; "I believe the agency of the court is completely unnecessary, the procedure should in fact be carried out the way it is in most countries that are far ahead of us in this regard. More specifically, it should be enough to submit a relevant medical certificate issued by a specialist."

⁴⁵ See references in note 13.

⁴⁶ If a specific person undergoes the transition process and obtains new documents, his/her situation is still "unfinished," suspended in his/her previous life. – see: A.M. Klonkowska, *Making Transgender Count in Poland Disciplined Individuals and Circumscribed Populations*, "Transgender Studies Quarterly" 2015, no 2(1), pp. 127-128.

⁴⁷ Interesting in this respect is the similarity of observations under Spanish law, despite the different legal situation (more generally, legal culture) – see: M.V. Carrera, M. Lameiras, R. DePalma, R.R. Casas, *Pathologizing gender identity: An analysis of Spanish law and the regulation of gender recognition*, "Journal of Gender Studies" 2013, no 22(2), pp. 206-220.

researchers representing other disciplines. There are many reasons for this, and one of them is connected with how law is made. The legislative body (the parliament) has limited opportunities for creating laws that are an answer to real needs of contemporary diverse societies, as a result of which authorities in power select those areas which are crucial for their vision of the state and which satisfy the ambitions of the electorate that gave them power. On the other hand, the law in the first place regulates problems of the majority. As a result, the cases that deviate from the general standard are discarded, and an argument (highly dubious from the moral perspective) is often made that an insignificant proportion of individuals affected by a certain condition is not a problem of the state and does not require separate, specific regulations. This is the case with transgender and intersex persons.

There are also cases when certain medically justified measures and procedures are not legalized due to objections of an ethical nature. As I have already mentioned, what appears morally acceptable has greater chances of being acknowledged by the legislator. Social factors and political relations therefore have an unquestionable impact on the shape of decisions made in the parliament, and often cause a political deadlock as regards issues that, while controversial for the society, are scientifically recognized and examined. Social factors largely determine the shape of Poland's current regulations governing the assignment of legal sex (the regulations fail to factor in certain evidently required exceptions) and for the legal sex change (there are in fact no such regulations). Polish discussion on the legal framework for the assignment and change of wrongly assigned legal sex is spread between two strong and conflicted worldviews. The issue of determination and change of human sex has become, at the highest level of generality (which prevails in the public debate), weapons used by conservative circles, typically linked with the Catholic Church, in their fight against liberals, who are identified with the selectively and ideologically perceived gender movement.

The view promoted and radicalized in Poland by the conservative circles, which are currently very strong and prominent, is strongly embedded in the deeply rooted Catholic tradition and adherence to the permanence of human sex, which is determined at the moment of birth and remains unchanged throughout a person's entire life. This viewpoint requires that sex and gender be treated as an innate, God-granted gift that no person should negate by deciding that it was not "given" to them and that, instead, they have the right to choose one⁴⁸. The problem is, however, that this view identifies sexuality with genital sex (mere external physicality, the way the genitals look, and physical procreation abilities) and does not allow any "manipulation" of such selectively understood nature. The proponents of this way of thinking not only take no heed of the fact that the "external proof" may be

⁴⁸ Benedict XVI, *Kto broni Boga, ten broni człowieka*, [in:] *Dyktatura gender*, Kraków 2014, p. 76.

totally incongruent with how an individual identifies themselves, but also fail to acknowledge that current medical advances make it possible to examine the human body and prove and explain the reasons for such incongruity. In fact, the view in question precludes an individual's sovereign power to decide on their own identity – a person, having been “gifted” a body with a specific set of biological attributes (sexual organs), is supposed to accept a “destiny” that was imposed on them top-down even if other, now thoroughly identified, biological determinants indisputably refute it. A person's identity is chosen outside of them, is detached from them and based on what the community believes to be the proof (and source) of identity. Conservatives refuse to acknowledge the fact that the assumptions of the Christian doctrine should be viewed from the perspective of the current knowledge on the biological determinants of identity, and while some representatives of the conservative circles agree that „sex is determined at the genome level and as such cannot be chosen”⁴⁹, at the same time the ultimate proof that determines a person's gender is the way their external genital organs look – the same factor that is the grounds for the assignment of legal sex. Any interference with an individual's sex/gender is a „radical invasion into the act of creation and essence of humanity” and an “usurpation intended to parody God”⁵⁰. It is indeed difficult to accept this situation, and even more difficult to explain it, as there is no coherence and consensus among the Catholic circles as to the ever-changing possibilities of medicine. The Church no longer questions the admissibility of extending a person's life or improving its quality (through the use of modern therapies, transplantations, artificial limbs), and yet any interference with sexuality associated with bodily physicality and reproductive functions is hard to accept. Gender treated selectively as the *physis* rejects contemporary medical *status quo*, which makes it far more dependent on genes and hormones than on what we can see on the outside. Modern times make it necessary to thoroughly modify the methods for the assessment of legal sex and to review the hierarchy of “proofs” based on such an assessment is made, shifting the stress to an individual's will as the decision-maker. The only individuals that fit in the conservative thinking are those who, since the “conferral” of sex upon them, remain who this sex makes them their entire lives.

The conservative movements see any activity intended to bring change (change of procedures for the assignment of sex at birth or correction of wrongly assigned sex) in the light of the concept of gender, which they treat as a pseudoscientific ideology and an enemy of tradition and nature⁵¹. Gender is, according to Marguerite

⁴⁹ W. Chrostowski, *Płeć jest darem Boga. Ideologia gender w świetle Pisma Świętego*, [in:] *Dyktatura gender*, p. 13.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ L. Woroniecki, *Gender – próba spojrzenia na aktualny stan dyskusji*, [in:] *Gender – spojrzenie z różnych perspektyw*, ed. W. Wieczorek, Warszawa 2015, pp. 57-82.

A. Peeters, a radically critical author promoted by conservative publishers, artificial charlatanry, imposed top-down, “a giant on feet of clay”, “a house built on sand”, and “a tip of the iceberg of anthropological deconstruction”⁵², which builds an „avatar of substitution: a citizen – individual «liberated» from what he is by nature and by free gift, asexual, radically undifferentiated holder of the right to »choose« which goes **as far as** his «sexual orientation» and «gender identity»⁵³. The use of the phrase „as far as” is crucial in this regard – it shows that a person has a marginal level of agency in the identification and evaluation of their own identity. Yet, given the medical *status quo*, who if not an individual him/herself should have the right to inspect his/her own identity? Why should someone else’s evaluation be more valued and respected in the legal system than self-evaluation made by the individual concerned?

Consent to „manipulate” in the sphere of human sexuality is believed to have a destructive impact on the natural order of the world, and is seen as causing destabilization of values preserved for centuries, as well as a “[...] social revolution that shakes the foundations of human existence [...] denial of everything that, for every human, is visible, possible to be experienced and has been obvious just as the lapse of day and night”⁵⁴, even if thanks to developments in science it no longer is obvious. All attempts at explaining the reasons for not meeting the masculinity or femininity standards (evaluated from the perspective of the externality of the human body) are highly criticized; the same applies to attempts at working out acceptance to sexual distinctness⁵⁵. The opponents of liberalization of procedures for the assignment and correction of wrongly assigned legal sex argue that anatomy and gender identity are irrevocably bound, as the boys have got “this” and the girls have got “that”, without going to the core of the problems and its complex forms.

The “coin” of the right to manage one’s own body in Poland also has a reverse side. On the other side of the extremely autonomy-restricting rules governing the relation body – gender is an area of unfettered freedom, which covers in particular increasingly popular and more and more accessible broadly-understood aesthetic medicine procedures. As a rule, these are procedures intended to make a per-

⁵² M.A. Peeters, *Gender – światowa norma polityczna i kulturowa. Narzędzie rozeznania*, Warszawa 2013, pp. 47, 135.

⁵³ *Ibidem*, p. 29.

⁵⁴ G. Kuby, *Rewolucja genderowa. Nowa ideologia seksualności*, Kraków 2009, p. 58.

⁵⁵ For example, Magdalena Środa’s book has met this kind of criticism, see: M. Środa, *O gender i innych potworach*, Warszawa 2014. It was a book addressed to children, the critical review available from <http://wpolityce.pl/spoleczenstwo/200324-o-gender-i-innych-potworach-bajkopisarka-magdalena-sroda-kontratakuje> [access: 18.03.2022]. The author of the critical review opposes even the claim that “each of us is first and foremost a human, and only then a woman or a man. Furthermore, we all have the same rights,” which clearly shows how radically opposite to gender conservative currents are.

son beautiful in a specific, socially preferred way, and to make them similar to a selected ideal model and thus socially acceptable. Here, access to bodily transformations is strikingly different than in the case of sex reassignment. In today's Poland not only are there no legal obstacles preventing individuals from undergoing such procedures and treatments, but in fact measures helping to achieve model beauty are increasingly promoted. They are promoted in a manner similar to the way in which new needs are created and promoted to support the market. Readily available and easily accessible treatments go beyond „cosmetic” enhancements such as cheek surgery, otoplasty, blepharoplasty, lip augmentation or wrinkle removal. More invasive procedures are becoming more and more popular and acceptable. These include breast augmentation, buttock enhancement, rib resection for a smaller waist, or liposuction. All of these are free from any interference on the part of the state, as the law does not hinder or control access to such services. The moment these types of procedures became technologically possible to perform, they instantly earned legions of ardent fans and a tacit approval from the remaining part of the society. The rate at which the market for these services is growing is spectacular, astonishing, and at times terrifying. In the name of autonomy, elective invasive surgeries are performed merely to satisfy the ever-sophisticated wishes of patients – clients⁵⁶. This triggers the question as to why this area of activity continues to enjoy such extensive autonomy, especially given how the Polish law approaches sex modification. It is indeed hard to ignore an apparent reference to Michel Foucault's concept of biopolitics⁵⁷, a set of measures, methods and ways in which the authorities, state and politics approach human life as a biological species, a set of specific, made at state level choices that become ways to organize the life of the population as a whole. Poland's current governing strategy reveals a seemingly reverse axiology, where the value of trusting in oneself (one's own identity) is sacrificed for trusting in externally developed standards and models. This way of shaping the life of the society, also one as morally conservative as the Polish society, manifestly increases its productivity to meet the needs of the growing capitalist society⁵⁸. Perfecting social productivity, economic extraction of

⁵⁶ Human replica of Barbie or cat woman are flagship products of the autonomy in search for beauty. See e.g. material available from: <https://www.youtube.com/watch?v=Vbc17hd8zA> [access: 18.03.2022].

⁵⁷ See: M. Foucault, *Bezpieczeństwo, terytorium, populacja*, transl. M. Herer, Warszawa 2010; M. Foucault, *Narodziny biopolityki*, transl. M. Herer, Warszawa 2011.

⁵⁸ In *The History of Sexuality*, Foucault directly says: “Bio-power was [...] an indispensable element in the development of capitalism; the latter would not have been possible without the controlled insertion of bodies into the machinery of production and the adjustment of the phenomena of population to economic processes”. M. Foucault, *Historia seksualności*, t. 1, *Wola wiedzy*, transl. B. Banasiak, K. Matuszewski, Warszawa 2000, p. 123.

powers, increasing usefulness and obedience through the „taming of the bodies”⁵⁹, which consists in production of a man’s self, subjectivity, and soul through making him subject to a disciplinary regime⁶⁰. Obviously, a part of the taming of the bodies is the taming of sexuality.

5. Conclusions

Problems of individuals experiencing incongruence between gender identity and legal sex assigned at birth prove that the law’s most important task is to accept what currently is a rather explicit medical thesis on the status of psychic sex. In order to make progress in cases involving people with gender incongruence and people with DSD, the society should make use of the latest medical findings, which state that gender identity is the single most important factor as a biological determinant of sex⁶¹.

As the analyses of the archaic Polish regulations in force, carried out in the light of the current medical knowledge, show, new regulations are urgently needed for both the legal sex assignment process and gender recognition.

The former requires in particular introduction of the possibility of postponing entering a child’s sex in the birth certificate and removing once-entered sex when serious doubts emerge as to the correctness of the original entry⁶². Meanwhile, correction of wrongly assigned legal sex requires that a separate legal procedure be passed to replace the current provisional and highly unfair solution based on provisions of Art. 189 of the Code of Civil Procedure.

Postulates for a change of the law – although definitely legitimate from the perspective of medical knowledge – appear to be impossible to implement in to-

⁵⁹ Taming – wordplay demonstrating the fact that human ego is secondary to the systems of power that create it through the taming of the bodies – “me” comes from taming.

⁶⁰ “The process of body’s degradation made silently and unconsciously was a necessary technique to colonize the subject in an unnoticeable way. Homo economicus, as the result of this long process of silencing the body is a good example of how the contemporary ‘body care’ has nothing to do with fulfilling body’s real needs, but on the contrary, follows the ‘free market’s unlimited consumption. The policy of contemporary ‘body care’ is nothing but another disciplinary discourse aimed at creating a perfect body of a precisely defined shape, color, weight or smell”. L. Rodak, P. Kowalewski, *Body test or some Foucauldian analysis of “The Washing Machine Tragedy” by Stanislaw Lem*, in press. See more broadly: R. Shusterman, *Body Consciousness. A Philosophy of Mindfulness and Somaesthetics*, Cambridge University Press 2008.

⁶¹ D.M. Levasseur, *Gender Identity Defines Sex: Updating the Law to Reflect Modern Medical Science Is Key to Transgender Rights, Recognizing Injustice: From Social Movements to Legal Reform*, Vermont Law Review 14th Annual Symposium Vermont Law School-October 3, 2014; Vermont Law Review, vol. 39, p. 947.

⁶² Obviously, such legislative changes would have to be followed by reflection on administrative regulations such as dividing school-age children into girls and boys, dividing toilets into those for women and those for men, etc.

day's Poland. The rhetoric of the conservative majority that is currently in power in Poland does not allow for taking one step back without incurring heavy political costs. The electorate of the ruling party is fed anti-gender demagoguery fuelled by strong and based on fear of being condemned voice of Polish church. Hence, it is rather unlikely to return to work on the draft law on gender recognition⁶³.

Fortunately, the constructions that are currently employed to solve problems related to legal sex (and in particular gender recognition), being provisional as they are, are also easy to mould through interpretation. The current "letter of the law" can therefore relatively easily change its normative content as a result of the change of the interpretive context. This has been corroborated by an analysis of interpretations of the law in force, conducted by Polish courts for in their judgments for the purpose of previously decided cases. These interpretations show, for instance, that until a certain point in time the courts presumed that the non-contentious (not based on a legal dispute) procedure was the one that should be employed for cases involving a change of legal sex. Back then a person wishing to change their legal sex did not need to sue their parents as the second party to the dispute, and the entire case was rather of an "official" nature than litigious one. Since this line of judicial decision-making practice did exist in the past (based on the same regulations), perhaps "softening" the social attitude (through effective provision of reliable information) can make the courts re-discover the possibility of replacing the procedural mode with one that is more individual-friendly. Likewise, it is easy to imagine that with changed interpretation, at least some of the ongoing cases will be decided not through the procedure for a „change" of sex (under Art. 189 of the Code of Civil Procedure) but through the procedure of birth certificate rectification. This solution could be employed in a large number of DSD cases. However, a vast majority of cases today are decided using action for declaratory judgment (Art. 189 of the Code of Civil Procedure).

Reinterpretation of regulations concerning sex and gender could – without a change of „the letter of the law" – affect other spheres of the law, too. It could increase and homogenise standards for the appointment of experts (how many experts, what specialisations, what experience), and introduce uniform standards for their work. As regards physicians, it could facilitate action for introducing uniform standards of treatment. Additionally, it could potentially reduce physicians'

⁶³ The draft law on gender recognition, presented by transgender MP Anna Grodzka, was Poland's first attempt at regulating legal sex correction (recognition) and remained under parliamentary debates for almost three years. The work to make it law was accompanied by an atmosphere of criticism and opposition from conservative circles. It was eventually passed by the parliament in 2015, only to be vetoed by the Polish President. As parliamentary elections were held in the meantime, the act could not be resubmitted to the Sejm. This means that any future legislative initiatives must proceed from scratch.

fear of being held accountable for medical error due to the employment of specific therapeutic procedures to support the treatment of their patients (e.g. hormone therapy of minors).

Last but not least, a change of the social interpretive context could translate into a greater courage of individuals in making the decision to rectify mis-assigned legal sex in cases where the rectification procedure is possible. Meanwhile, a change of the context could improve parents' acceptance of their children's problems. After all, the majority of the legal solutions will not have the desired effect if, at family level, instead of understanding and acceptance there is shunning and exclusion.

Therefore, we presume that since the change of provisions governing the assignment of legal sex and gender recognition is not possible in Poland in this particular interpretive moment, it becomes crucial that elementary social awareness in this area be raised. Provision of evidence-based medical knowledge on human sexuality is, in my opinion, fundamental for the change of social preconceptions. This is something that the activity of social movements, in particular the fourth-wave feminism, can bring about.

Modern-day feminism, in its causative power, strength, and ability to bring millions of women at the same time to the streets, is an outcome of two phenomena: the emergence of radical right wing, and the development of social media and Internet communications. The fact that the development of virtual communications continues to bring new possibilities and opportunities is illustrated by unprecedented internet mobilisations of women: hashtags of the Internet-based MeToo action, or the Internet union of women, which closed Women's March in January 2017. In Poland, the recent movement connected with "#czarnyprotest" (the Black Protest), brought together hundreds of thousands of women fighting for a common cause (the symbol of the fight was black dress), with tens of thousands taking to the streets as part of the Polish Women's Strike⁶⁴. The potential of the fourth wave is seen in the communication possibilities also by its commentators: "the Internet itself has enabled a shift from 'third-wave' to fourth-wave feminism. What is certain is that the Internet has created a *call-out* culture, in which sexism or misogyny can be *called out* and challenged"⁶⁵. The Internet operated as both a discussion form and a road to the development of activism. What is happening now

⁶⁴ E. Korolczuk, *Explaining mass protests against abortion ban in Poland: the power of connective action*, "Zoon Politikon" 2016, nr 7, https://www.civitas.edu.pl/wp-content/uploads/2015/03/Zoon_Politikon_07_2016_091_113.pdf [access: 19.03.2022].

⁶⁵ E. Munro, *Feminism: A Fourth Wave?*, <https://www.psa.ac.uk/psa/news/feminism-fourth-wave> [access: 18.03.2022].

is defined by technology: the tools that allow women to build a strong, popular, and responsive movement online⁶⁶.

As B. Hall has rightly observed, “What distinguishes the new generation of activists is not necessarily competing political claims but rather changing sensibilities, and in particular new forms of action and organization committed to informal grassroots engagements, horizontality and inclusivity”⁶⁷. It should be stressed that the fact that the fourth-wave feminism relies heavily on new technologies and is inclusive in nature (which has its source in extensive focus on intersectionality)⁶⁸, offers some potential for consolidating the voice of LGBTQ individuals. K. Cochrane, who described this phenomenon, featured in her work interviews with transgender women who pointed out that their situation improved and became more understandable for others largely thanks to Internet, where they can share their experiences⁶⁹. Furthermore, social media allowed messages from transgender activists⁷⁰ to reach wide audiences all over the world. Although these examples predominantly come from western countries, where the fourth-wave has already been thoroughly analyzed and its existence is more visible and established, it does appear that there is some hope for change in Poland as well. The Internet allows for the voice of transgender people to reach numerous people and for transgender communities to be formed in this part of Europe.

These are phenomena thanks to which one can significantly transform social beliefs and quickly mobilise the society, without having to invest major financial

⁶⁶ What’s happening now feels like something new again. It’s defined by technology: tools that are allowing women to build a strong, popular, reactive movement online (K. Cochrane, *The fourth wave of feminism: meet the rebel women*, available from: <https://www.theguardian.com/world/2013/dec/10/fourth-wave-feminism-rebel-women> [access: 18.03.2022]).

⁶⁷ B. Hall, *Gendering Resistance to Right-Wing Populism: Black Protest and a New Wave of Feminist Activism in Poland?*, “American Behavioral Scientist” 2019, p. 5.

⁶⁸ K. Cochrane, *All the Rebel Women: The Rise of the Fourth Wave of Feminism*, Guardian Books 2013.

⁶⁹ It should be stressed that the transition from male to female (M/F) entails deeper social exclusion than the transition from female to male. As A.M. Kłonkowska has rightly pointed out, in addition to exclusion related to transgenderism, “females by choice” are not treated seriously as regards their femininity, experience misogyny and ridicule (are targets of opinions such as “You’ll never be a true woman anyways”, “What are you doing to yourself”). This sort of situation further strengthens the need for solidarity among women, including trans-women. A.M. Kłonkowska, „Kobiety z wyboru”. *O społecznym wykluczeniu trans-kobiecości*, [in:] *Spolecznie wykluczeni. Niewygodni, nienormalny, nieprzystosowani, nieadekwatni*, eds. A.M. Kłonkowska, M. Szulc, Gdańsk 2013, pp. 137-138.

⁷⁰ See P. Chamberlain, *The Feminist Fourth Wave*, London 2017. The author mentions activists such as Laverne Cox – actress in a Netflix show “Orange is the New Black”, first trans woman to have appeared on the cover of TIME magazine, advocate of trans rights; Caitlyn Jenner – known from the reality TV show „Keeping up with the Kardashians”. In 2015, Jenner came out as a trans woman, appeared on the cover of Vanity Fair; Paris Lees – she established a trans campaign “All About Trans”, and in 2015 was top of the Independent’s Pink List.

resources. In this regard, great hopes are placed on the fourth-wave feminism as to broadening social awareness of the violence that is generated to maintain the binary *status quo*. Where law cannot be changed, what one can do is change awareness by reaching for the opportunities brought by grassroots social communication, and provide knowledge to change how the law is understood and, as a result, how it is applied. “The beauty of the fourth wave is that there is a place in it for all –together. The academic and theoretical apparatus is extensive and well-honed in the academy, ready to support a new broad-based activism in the home, in the workplace, and in the streets”⁷¹.

We presume that perspective based on virtual activism, predominantly on the part of young people, means that the current interpretive moment differs considerably from the one from before the year 2016. The fourth-wave feminism goes beyond specific actions and protests. It also entails a change in how we think about human sexuality. A change in collective thinking can affect and translate into how law is made and interpreted. The fourth-wave in Poland opened a debate on human sexuality, threatened on many different levels (reproductive rights, sexual orientation, and gender identity). Feminism gained a new dimension and became a significant voice in the public debate. The fourth-wave feminism is predominantly the voice of the younger part of the society, willing to show their ever-growing frustration over the treatment of sexuality as a taboo topic. We are witnessing an increase in activity, both of feminist movements and the LGBTQ community, in the field of education and social activism. They are calling for mobilization and readiness to act in the face of a heated public debate triggered by the populist ruling party. This has led to the development of an Internet space where transgender and intersexual individuals can freely open up and share their experiences with one another and the society. Given the Internet hate, this space is not entirely safe, however joint mobilization encourages transgender individuals to openly speak for themselves. Nevertheless, it should be added that feminist movements do not always adopt a coherent stance on transgenderism, in particular the TERFS movement⁷². However, even despite these discrepancies, the potential of the fourth-wave feminism to free itself from prejudice and rely on the idea of social justice, is obvious.

⁷¹ M. Rampton, *Four Waves of Feminism*, <https://www.pacificu.edu/about/media/four-waves-feminism> [access: 17.03.2022].

⁷² After Sally Hines, we indicate that the foundations for this movement were the book by Janice Raymond, *The Transsexual Empire* (1979), in which he assumes that gender is an expression of biological sex, which is shaped by the chromosome system; therefore, the chromosomal sex cannot be changed. Consequently, gender and gender are inextricably linked in a biological sense from birth. Raymond points out that the male-to-female transition is in fact a male practice based on a patriarchal medical system designed to produce more female subordinates (maids). Raymond assumes that trans women will never stand up and are not women. S. Hines, *The feminist frontier: on trans and feminism*, “Journal of Gender Studies” 2017, vol. 28 (2), p. 3.

The actual cost of a conservative approach to sex and gender is the life of many people whose legal status is highly unclear. Now, in 2022 Polish legal system is in a „hard” interpretative moment - Poland is currently ranked 43 out of 49 countries in the annual review of the legal protection provided to LGBT people in European countries prepared by the ILGA Europe organization. It is the last place among all European Union countries. As we wrote - the level of legal protections for trans people in Poland is deficient. Maybe, the potential of fourth-wave feminism will change that – we hope that we can examine that in the future with more optimistic conclusions

References

- Balkin J.M., *Framework Originalism and the Living Constitution*, Northwestern University Law Review 2009, vol. 103.
- Bielska-Brodziak A., *Śladami prawodawcy faktycznego. Materiały legislacyjne jako narzędzie wykładni prawa*, Warszawa 2017.
- Bielska-Brodziak A., Boratyńska M., *Zaburzenia różnicowania płci i transseksualizm* [in:] *System Prawa Medycznego. Regulacja prawna czynności medycznych, t. II, part 2*, eds. M. Boratyńska, P. Konieczniak, Warszawa 2019.
- Boratyńska M., *Wolny wybór. Gwarancje i granice prawa pacjenta do samodecydowania*. Warszawa 2012.
- Carrera M.V., Lameiras M., DePalma R., Casas R.R., *Pathologizing gender identity: An analysis of Spanish law and the regulation of gender recognition*, Journal of Gender Studies 2013, 22(2).
- Chamberlain P., *The Feminist Fourth Wave*, London 2017.
- Cohrane B., *All the Rebel Women: The Rise of the Fourth Wave of Feminism*. Guardian Books 2013.
- Cowart D., Burt R., *Confronting Death: Who Chooses, Who Controls?*, The Hastings Center Report 1998, vol. 28, No 1.
- Chrostowski W., *Płeć jest darem Boga. Ideologia gender w świetle Pisma Świętego* [in:] *Dyktatura gender*, Kraków 2014.
- Czechowska A., *Wybrane zagadnienia chirurgicznej zmiany płci u osób dotkniętych transseksualizmem w Polsce*. Prawo i Medycyna no 2/2012.
- Dulko S., *ABC...Płci*. Kosmos. Problemy Nauk Biologicznych 2003, vol. 52 no 1 (258).
- Dulko S., *Transseksualizm. Wybrane aspekty kliniczne*, paper delivered at the scientific conference at University of Gdansk: „Legal, Medical and Psychosocial Aspects of Transsexualism”, Gdansk, 28 November 2012.
- Dynarski W., Śmiszek K., *Sytuacja prawna osób transpłciowych w Polsce: raport z badań i propozycje zmian*. Warszawa 2013.
- Ehrlich E., Isaacs N., *The Sociology of Law*, Harvard Law Review, 1922, vol. 36, no. 2.
- Farrell I.P., *Enlightened Originalism*, Houston Law Review 2017, vol. 54.
- Foucault M., *Bezpieczeństwo, terytorium, populacja*, translation: M. Herer, Warszawa 2010.
- Foucault M., *Narodziny biopolityki*, translation: M. Herer, Warszawa 2011.
- Foucault M., *Historia seksualności, t. 1: Wola wiedzy*, translation: B. Banasiak, K. Matuszewski, Warszawa 2000.
- Hall B., *Gendering Resistance to Right-Wing Populism: Black Protest and a New Wave of Feminist Activism in Poland?*, American Behavioral Scientist 2019.
- Herring J., *Law and the Relational Self*, Cambridge University Press 2020.
- Hines S., *The feminist frontier: on trans and feminism*, Journal of Gender Studies 2017.
- Imieliński K., Dulko S., *Przekleństwo Androgyne, Transseksualizm: mity i rzeczywistość*, Warszawa 1988.

- Imieliński K., Dulko S., Filar M., *Transpozycje płci. Transseksualizm i inne zaburzenia identyfikacji płciowej*, Kraków 2001.
- Klonkowska A.M., «Kobiety z wyboru». *O społecznym wykluczeniu trans-kobiecości*, [in:] *Społecznie wykluczeni. Niewygodni, nienormalni, nieprzystosowani, nieadekwatni*, eds. A.M. Klonkowska, M. Szulc, Gdańsk 2013.
- Kuby G., *Rewolucja genderowa. Nowa ideologia seksualności*, Kraków 2009.
- Levasseur D.M., *Gender Identity Defines Sex: Updating the Law to Reflect Modern Medical Science Is Key to Transgender Rights, Recognizing Injustice: From Social Movements to Legal Reform*, Vermont Law Review 14th Annual Symposium Vermont Law School—October 3, 2014; Vermont Law Review, vol. 39.
- Midro A.T., *Genetyczne i epigenetyczne uwarunkowania płci człowieka*, [in:] *Gender – spojrzenie z różnych perspektyw*, ed. W. Wieczorek, Warszawa 2015.
- Mill J.S., *O wolności. O zasadzie użyteczności*. Warszawa 2003.
- Moir A., Jessel D., *Płeć mózgu. O prawdziwej różnicy między mężczyzną a kobietą*, Warszawa 2015.
- Ostojska J., *Sądowa zmiana płci*. Doctoral dissertation written at the Faculty of Law and Administration, University of Warsaw 2014.
- Peeters M.A., *Gender – światowa norma polityczna i kulturowa. Narzędzie rozeznania*, Warszawa 2013.
- Perelman Ch., *Logika prawnicza. Nowa retoryka*, Warszawa 1984.
- Robles R., Fresan A. et. al., *Removing transgender identity from the classification of mental disorders: a Mexican field study for ICD-11*, The Lancet 2016.
- Shusterman R., *Body Consciousness. A Philosophy of Mindfulness and Somaesthetics*, Cambridge University Press 2008.
- Solum L.B., *We Are All Originalists Now* [in:] *Constitutional Originalism. A Debate*, ed. L.B. Solum, R.B. Bennett, Ithaca-London 2011.
- Solum L.B., *Originalism versus Living Constitutionalism: The Conceptual Structure of the Great Debate*, Northwestern University Law Review 2019, vol. 113, No.62019.
- Strauss D.A., *The Living Constitution*, Oxford 2010, W. Baude, *Is Originalism Our Law?*, Columbia Law Review 2015, vol. 115.
- Strzałko J., *Słownik Terminów Biologicznych*, Poznań 2006.
- Vetulani J., *Mózg męski i mózg żeński* [in:] *Psychiatria na obcasach*, ed. D. Dudek, J. Rymaszewska, Warszawa 2014.
- M. Środa. *Gender and i inne potwory*. Warszawa 2014.
- Woroniecki, *Gender – próba spojrzenia na aktualny stan dyskusji*, [in:] *Gender – spojrzenie z różnych perspektyw*, ed. W. Wieczorek, Warszawa 2015.
- Ziemińska R., *Płynność płci biologicznej i performatywność płci kulturowej*, Kultura i Edukacja 2015, vol. 32015.

Izabela Gawłowicz

University of Zielona Góra

ORCID 0000-0003-3591-3953

i.gawlowicz@wpa.uz.zgora.pl

Angelo Sollano

University of Szczecin*

ORCID 0000-0001-8808-6838

angelo.sollano@usz.edu.pl

The Power of Persuasion of the Ruling of European Court of Human Rights in *Vavříčka and Others Case***

Keywords: COVID-19 and human rights, European system of human rights, compulsory/mandatory vaccination, medical intervention

Summary. In its activity the European Court of Human Rights¹ goes far beyond that of a mere judicial body dealing with the complaints of states and individuals. It maintains and promotes the ideals and the values of a democratic society; it disseminates the spirit and the significance of the Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms 1950; it also develops the legal doctrine of human rights². It essentially informs us what it takes to stand by on the sidelines as a citizen or public functionary and act in the name of the state when it comes to human rights. With regard to the role of the Court, the expectations of the international community towards jurisprudence are constantly increasing. In the eyes of this community the Court designs the present and future standards of human rights law. Acting as a role model in the sphere of law means the Court must pay particular attention to the broad implications of its judgements: in other words not only to what has been expressed in its judgements, but also to what is unexpressed. The authors are fully aware of the importance attached to the Court's ruling in *Vavříčka and others* against the Czech Republic and of the impact that this ruling may have on the state's public health policy, including the state's approach with regard to mandatory vaccination during the COVID-19 pandemic. The aim of these considerations are twofold. The authors have investigated whether what has gone unexpressed in the Court's ruling might be interpreted in favour of compulsory vaccination against COVID-19 and so used in a public debate as an argument for the introduction of such course of action. A secondary question here would also determine whether the Court deliberately left such a door open for a broader interpretation of this famous ruling and, if so, the reason behind this. The authors have also closely monitored the way the Court pays attention to the clarity of its message, including the linguistic aspects of the judgement.

* The authors joined forces because of some private discussions they shared regarding the differences between legal language and everyday language, and their impact on modern society.

** Applications N^os 47621/13 and 5 others, ECHR (Grand Chamber) Judgement 8th of April 2021.

¹ Further as: the Court or ECHR.

² J. Viljanen, *The Role of the European Court of Human Rights as a Developer of International Human Rights Law*, "Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol" 2008, n^o 62/63, pp. 250-265.

Słowa kluczowe: COVID-19 a prawa człowieka, europejski system ochrony praw człowieka, obowiązkowe szczepienia, interwencja medyczna

Streszczenie. W swojej działalności Europejski Trybunał Praw Człowieka wykracza daleko poza zwykły organ sądowy rozpatrujący skargi państw i jednostek. Utrzymuje i promuje ideały i wartości społeczeństwa demokratycznego, upowszechnia ducha i znaczenie Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 1950 r., rozwija również doktrynę prawną praw człowieka. Zasadniczo informuje nas, co trzeba zrobić, aby stanąć u boku państwa jako obywatel lub funkcjonariusz publiczny i działać na rzecz praw człowieka. W odniesieniu do roli Trybunału oczekiwania społeczności międzynarodowej wobec orzecznictwa stale rosną. W oczach tej społeczności Trybunał projektuje obecne i przyszłe standardy prawa dotyczącego praw człowieka. Pełnienie roli wzoru do naśladowania w dziedzinie prawa oznacza, że Trybunał musi zwracać szczególną uwagę na szerokie implikacje swoich wyroków: innymi słowy, nie tylko na to, co zostało wyrażone w jego orzeczeniach, ale także na to, co niewyrażone. Autorzy są w pełni świadomi wagi, jaką przywiązuje się do orzeczenia Trybunału w sprawie Vavřička i innych przeciwko Republice Czeskiej oraz wpływu, jaki to orzeczenie może mieć na politykę państwa w zakresie zdrowia publicznego, w tym na podejście państwa do obowiązkowych szczepień podczas epidemii COVID-19. Cel tych rozważań jest dwojaki. Autorzy zbadali, czy to, co nie zostało wyrażone w orzeczeniu Trybunału, może zostać zinterpretowane na korzyść obowiązkowych szczepień przeciwko COVID-19 i wykorzystane w debacie publicznej jako argument za wprowadzeniem takiego trybu postępowania. Drugie pytanie określałoby również, czy Trybunał celowo pozostawił furtkę dla szerszej interpretacji tego słynnego orzeczenia, a jeśli tak, to jaki jest tego powód. Autorzy bacznie obserwowali również sposób, w jaki Trybunał zwraca uwagę na klarowność swojego przekazu, w tym na aspekty językowe wyroku.

Introduction

As the COVID-19 pandemic spread, interest grew across the world in introducing compulsory vaccinations and to some extent continues. The pandemic also caused a deal of controversy polarising opinion those for compulsory vaccinations and the so-called anti-vaxxers. No matter the extent to which the achievements of modern medicine are appreciated, the mandatory introduction of vaccinations raised resistance and posed a threat to the rights of individuals. At the same time, the pandemic with its unpredictable course raise serious concerns not only regarding health, but also regarding the way societies work in general if the pandemic persists indefinitely. In such difficult circumstances we look for an authority on whom may rely for guidance. The activity of the European Court of Human Rights goes far beyond that of the merely judicial body that deals with the complaints of states and individuals³. It maintains and promotes the ideals and the values of a democratic society; it disseminates the spirit and the significance of the Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms 1950; it also develops the legal doctrine of human rights. It essentially informs us what it takes to stand by on the sidelines as a citizen or public functionary and act in the name of the state when it comes

³ As rightfully Judge K. Wojtyczek states in his dissenting opinion to the considered judgement: "The first and most fundamental question about any judicial proceedings concerns their purpose and the role of the judicial body".

to human rights. Governments have a number of tools at their disposal, among which are found legal devices, to try to prevent injury and disease, and promote the health of the populace. Laws, like other preventative strategies, may intervene at a variety of levels, designed to secure improved behaviour among the populace. Those governments that wish to refer to and endorse their health policies by dint of the Court's jurisprudence are keen to cite the Court's judgements in their favour. The same governments would not hesitate to exploit any loophole in the Court's reasoning if such deficiencies might strengthen their arguments. Bearing all this in mind, the authors initiated their thought-provoking journey through the given ECHR ruling with open minds, curiosity and a pinch of criticism.

1. The core of the case

The case Vavříčka and Others⁴ settled by the European Court of Human Rights has its origin between 2013 and 2015, when the main applicant Mr Vavříčka was fined for his refusal to have his two adolescent children vaccinated against three diseases for which vaccinations were provided in the domestic mandatory vaccination scheme. The applications addressed to the European Court of Human Rights are based on the consequences of the implementation of a law in force in the Czech Republic, according to which all permanent residents and all foreigners authorised to reside in the country indefinitely are obliged to undergo a set of routine vaccinations. All resident children under the age of fifteen are required to receive several vaccines against the main infectious diseases. For children under the age of fifteen their statutory guardians are responsible for compliance with this duty.

Every country has its own vaccination policy. It may be mandatory, recommended or entirely at the discretion of the citizen. The number of vaccines and the timing of the vaccination plan vary in different countries, according to local legislation. In the Czech Republic, vaccination at the time was compulsory (mandatory, obligatory), so was *required by a law or rule*⁵. The domestic law in the Czech Republic, however, provided some exceptions from this rule based mainly on the medical contra-indications or conscientious objection.

The consequences for failure to comply with the mandatory vaccination were twofold. The first was a fine of 400 Euros and the second was a denial of access to pre-school nurseries. The former punishment aimed directly at the parents, while the second represented the loss of an important social opportunity for their children.

⁴ The case originates from six joint applications. The other five applicants were children, whose parents had failed to comply with the obligation to have their children vaccinated.

⁵ <https://www.merriam-webster.com/dictionary/mandatory> [access: 30.03.2022].

The case of one of the applicants reached the Czech Constitutional Court, the jurisprudence of which developed the concept of the “secular objection of conscience” to vaccinations. Nevertheless, this specific exception is interpreted restrictively and was not granted to the applicant.

The only position taken by the Court in this case was in the sphere of the private life of the applicants regarding the protection safeguarded by Article 8 of the European Convention of Human Rights. The Court considered it unnecessary to examine the complaints from any additional point of view (i.e. claims referring to the violation of the right to respect for family life; complaints under Article 9 of the Convention according to right to parental care in compliance with parental conscience; complaints regarding Article 2 of Protocol N° 1 to the Convention relating to the alleged violation of the right of education). A thorough substantive analysis under Article 8 has not been followed up by equally advanced considerations regarding the other applicants’ allegations or their own convoluted arguments.

The ECHR found by sixteen votes to one that there had been no violation of Article 8 of the Convention. The duty to be vaccinated has been considered an element of “social solidarity” to protect the health of others, particularly vulnerable groups of people. It is worthy of note that the right to a private life not only means the State is obliged to abstain from unlawful interference in a person’s private life, but also includes a generally recognised obligation to protect the life and well-being of other persons from health risks.

The purpose of these considerations allows us to omit the Court’s finding in favour of its decision and to focus instead on issues not addressed or insufficiently clarified by the court.

2. The argumentation of the applicants and its complexities

The applicants’ main allegation was that, in imposing on them the sanctions prescribed by domestic law, the Czech Republic breached their right to personal autonomy, a right protected under Article 8 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms⁶ (1950) in making decisions concerning the health of their children. The parents’ applicants also recalled the right of parents to care for their children in accordance with their opinions, convictions and conscience, as protected in the scope of Article 9 of the Convention. Despite the variety of reasons for refusing to have their children vaccinated invoked by their parents, the real reasons were essentially the alleged harmfulness of vaccines and

⁶ Further as the “Convention” or “European Convention on Human Rights”. See the full text of the Convention and its additional protocols here: https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf [access: 28.03.2022].

unspecified health risks rather than any religious or philosophical arguments against the immunisation of children. It is worthy of note that the adult applicants saw the best interests of their children as being primarily assessed by parents, while any state intervention should be “as a last resort in the most extreme circumstances”⁷.

The child applicants quoted their rights to personal development, which according to them had been violated by their exclusion from pre-school facilities and allegedly breached Article 2 of Protocol No 1 to the Convention safeguarding the right to education. The curtailment of the right to attend pre-school, in the opinion of the child applicants, compromised their position at the beginning of their education. The child applicants also invoked damage to their family life as a result of the actions taken by the state.

3. Is there anything missing in the Court’s ruling?

The Court sits at the heart of a system in which individuals may bring their cases against states when their rights and freedoms have been flouted, so its role has to be seen more broadly than that of any other court. The Court is not just the arbiter in the cases between individuals and states, but it is also the mediator, the connector and putatively society’s most meticulous teacher. In cases of international judicial bodies, especially those with great authority, the wider scope of their duties has to include the role in which “the court communicates with people”. In this role any court’s explanation, even in simple cases apparently is of special importance.

As the authors noted in the beginning, what the Court states in a given judgement is as important as what it neglects to say *expressis verbis*, because both lawyers and other members of society will interpret in their own way what the Court neglects to say. In fact, according to the authors, the Court forwent the opportunity to clarify several things important as much for lawyers as for society.

3.1. Is “mandatory” better than “forced”?

Let us begin with the notion of “mandatory/compulsory medical intervention” (or “mandatory/compulsory vaccination”). Every state will likely have its own definition of this kind of intervention established by law⁸ or at least made in legal doc-

⁷ See K. Ważyńska-Finck, *Anti-vaxxers Before the Strasbourg Court: Vavříčka and Others V. Czech Republic*, who rightfully notes, that the Court was aware of the importance of the case even before the COVID-19 outbreak. See full text: <https://strasbourgoobservers.com/2021/06/02/anti-vaxxers-before-the-strasbourg-court-vavricka-and-others-v-the-czech-republic/> [access: 29.03.2022].

⁸ See i.e.: J. Przybylska, *Cywilnoprawne aspekty instytucji zgody pacjenta na interwencję medyczną i jej definicja*, “Monitor Prawniczy” 2003, no 16, p. 742. According to Przybylska “medical intervention means any legally allowed medical action into the patient’s body connected with providing health services undertaken by authorized entities”. According to international law the term “medi-

trine. If an action is by definition mandatory, imposed by law, it would be logical to conclude that the non-execution of this obligation implies legal consequences in accordance with non-compliance with duty, including a fine. According to the Czech government and the Court, the sentence imposed on the applicant was not particularly severe, but according to the applicant's statement the amount to be paid was too high, given that his family was suffering temporary financial difficulties and lack of access to pre-school deprived his children of the right to education. Regarding this second aspect, some statistics dated to 2018 show that in the Czech Republic 91.5% of those entitled to pre-school education availed themselves of it⁹. The analysts neglected to investigate the reasons why the parents of almost 10% of children entitled to pre-school education prefer to keep them at home until compulsory education begins, but the word "compulsory" may be the key to interpreting this analysis, as parents are free to choose whether they want their children to attend a "non-compulsory" pre-school. The applicant, on the other hand, wanted his children to attend a (non-compulsory) kindergarten and complained at the lack of access to this service, although he refused to comply with the requirements prescribed by law. There is therefore a price to pay for upholding one's choices. In Mr Vavříčka's case, these choices are unconnected with well-defined philosophical or religious convictions¹⁰. As M. L. Lo Giacco states "[...] it was rather the fruit of a personal conviction interpreted as an imperative of conscience. Convinced of the harmfulness of vaccinations, they refused to subject their children to a practice that they considered dangerous, and asked that their right to secular conscientious objection be recognised. This, the Court emphasises, is the first time that Strasbourg jurisprudence assesses the applicability of Art. 9 to this particular type of belief[...]"¹¹. In paragraph 258 of its decision the Court notes that, even if the complaint concerns the penalties imposed for the non-vaccination of one's children, it implicitly calls into question the very mandatory nature of vaccines and that precisely in this respect the application should be considered.

Indeed, in some member States of the Council of Europe, vaccinations are not compulsory, or at least they were not at the time of the application in question.

cal intervention", without defining it, however, is used, for instance, in the Convention for the Protection of Human Rights and the Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine (Oviedo 4.06.1997) (see full text here: <https://rm.coe.int/168007cf98>, access: 30.03.2022). In Article 4 it also uses the synonymous term "intervention in the sphere of health".

⁹ https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Early_childhood_and_primary_education_statistics [access: 30.03.2022].

¹⁰ "[...] the Court finds that [...] critical opinion on vaccination is not such as to constitute a conviction or belief of sufficient cogency, seriousness, cohesion and importance to attract the guarantees of Article 9 [...]" para 335 of the ECHR's judgment in Vavříčka case.

¹¹ M.L. Lo Giacco, *Vaccini obbligatori e obiezione di coscienza dei genitori. (La decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo Vavříčka ed altri c. Repubblica Ceca, 8 aprile 2021)*, "Osservatorio Costituzionale" 2021, no 3, pp. 272-286, 281 (translated from Italian by Angelo Sollano).

In Lithuania, for example, where a debate on the regulation of the vaccination of children began only in 2021¹², this form of protection was highly recommended and offered free of charge by the state, but not declared mandatory. Failure to have one's child vaccinated against measles, mumps and rubella, however, precluded access to preschool¹³. This therefore represents a case in which vaccination may not be mandatory, but non-vaccination results in limitations for the citizen. A course of action "recommended" by the Lithuanian government and "mandatory" in the Czech Republic has the same consequences for a citizen who decides against complying with it: disqualification of one's children from pre-school.

In a judgment dated 22 November 2017, cited in paragraph 115 of the considered document, the Italian Constitutional Court declared that *there was no qualitative difference between compulsory and recommended vaccinations, the key issue being the essential objective of preventing infectious diseases that was pursued by both types*. The judgement concerned the compliance with the Constitution of a compensation for damage to health caused by a vaccination, but it is worthy of emphasis the alignment of the two types of approach towards vaccination here.

One may think that emigrating to a country where vaccinations are not mandatory might be a solution for those who want to uphold their approach and criticism of the vaccination... The applicant could have chosen Germany, where some vaccines became mandatory as late as 2020 and non-compliance with this leads to fines, as well as exclusion from certain institutions and services. Consulted by the Court as a third-party intervener, the German government justifies these recent decisions with the sudden drop in voluntary adherence to the vaccination plan, which implied a dangerous departure from the safety threshold guaranteed by herd immunity. In other words, Germany has prided itself on a permissive attitude and has let its inhabitants decide whether to have their children vaccinated until citizens, motivated by a campaign of scientific information and by a strong civic sense, voluntarily joined the vaccination programme *en masse*. Whilst individuals participated in the good of the community, the German government has been able to boast of not interfering in people's private lives, but in the face of danger they have preferred to make vaccines mandatory by law. In this declaration the German government stated that the differences between two words that could be confused are underlined: "mandatory/compulsory/obligatory" and "coercive/enforced/forcibly imposed"¹⁴. The latter means *using force to persuade people to do things that they*

¹² <https://www.lrt.lt/en/news-in-english/19/1113986/compulsory-vaccination-makes-way-in-lithuanian-parliament> [access: 30.03.2022].

¹³ <https://ednh.news/it/vaccini-ecco-la-mappa-di-quelli-obbligatori-nellue/> [access: 30.03.2022].

¹⁴ See i.e.: *Collins' dictionary*: <https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/compulsory> [access: 29.03.2022].

are unwilling to do¹⁵. Failure to fulfil a duty is considered an infringement and may result in a variety of sanctions, but may not be resolved by the forced implementation of the obligation. Indeed, none of the countries of the Council of Europe envisages enforced vaccination, as it represents direct interference with that person's physical integrity. Vaccines are never forcibly administered, as the duty is only enforced indirectly. With this statement, the German government proposes a new, more literal interpretation of the sense of the application of the duty of vaccination. While the Court sees in the complaint about the sanctions an implicit protest against the obligation to vaccinate in the Czech Republic, Germany, whose authorities interpret the obligation as *a situation of strongly encouraging individuals to submit to the duty of vaccination by means of the threat of a sanction* (235), shifts focus to the fairness of the applied sanctions.

As rightfully states Z. Vikarská, who followed the applicants' case: "Although the Court initially accepted that there had been an interference with their right to a private life [...] some doubts about the intensity of that interference arose in the Court's reasoning on the merits. [...] the Court first referred to an effective enjoyment of intimate rights but then reiterated (in para 276) that 'the weight of this consideration is lessened by the fact that no vaccinations were administered against the will of the applicants, nor could they have been, as the relevant domestic law does not permit compliance with the duty to be forcibly imposed' [...] The fact that the state had not even attempted to enforce the vaccination duty seems to be of high importance; one could even doubt whether the applicants suffered any tangible interference with the rights guaranteed in Article 8"¹⁶. It seems therefore that the sole fact that the applicants (or their children) had not been vaccinated against their will and "the only consequences" they faced were the fine and exclusion from pre-school education makes the further considerations of the Court irrelevant. In pre-pandemic times such a Court's conclusions might seem justifiable. After all, the Court does not consider what has not been raised in the application. There are, however, clear references to the issue of compulsory vaccination in the background to the case of *Vavříčka and Others* and, even if the Court itself rejected any possibility of using this ruling to argue for the introduction of mandatory vaccination against COVID-19, it might make the argumentation much more careful and foresight being fully aware how societies look up to the Court. The field of public health is firmly connected with the communication of ideas and is consequently a battleground of conflicting and confusing communications, especially today. Taking into consideration the importance of the judgement in

¹⁵ <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/coercive> [access: 29.03.2022].

¹⁶ Z. Vikarská, *Is compulsory Vaccination Compulsory?*, <https://verfassungsblog.de/is-compulsory-vaccination-compulsory/> [access: 29.03.2022].

the context of the COVID-19 pandemic and the controversies surrounding the possibility of the introduction of mandatory vaccination, a thorough substantive analysis regarding the meaning of the terms “obligatory/compulsory/mandatory” and “forced/coercive” and the differences between them would have been of particular value for society, given the common opinions about “forced vaccination” and in consequences “sanitary segregation” often surface.

3.2. A somewhat uncertain judicial message

Any sentence issued by a court is clearly a performative speech act. In the specific case of the European Court of Human Rights it needs to be established whether violations of the provisions of the European Convention of Human Rights have taken place and what form of compensation these violations should elicit. The accompanying document contains the entire procedure, lists the laws taken into consideration, the necessary definitions, the interventions of the interested parties and third parties, in a structure divided into well-defined sections. All these elements serve to validate the judgment of the court, introduced by the formula *For these reasons, the Court...* and followed by some performative verbs such as “dismisses”, “holds”, “joins to the merits”, “declares”, “decides”, “refuses”¹⁷. The impartial judgment of a court, according to Peter Tiersma, also contains a persuasive function, since *a judge actually aims to persuade the reader that her decision was correct, but the objective tone suggests that the outcome is the only rational conclusion in light of the law and the facts*¹⁸.

Before making a final judgment in the Vavříčka case, the Court examined and evaluated the opinions of different institutions who testified for or against vaccination. While not expressing *a priori* a judgment in favour of one of the factions, it is significant that in one of the introductory paragraphs (158), the Court *points out that the present case relates to the standard and routine vaccination of children against diseases that are well known to medical science*. This emphasises that, as is universally acknowledged, these diseases are eradicated by vaccines. Apparently this part of the sentence could have been more manifest if the Court had firmly wished to distinguish the Vavříčka judgement from the obvious context of the COVID-19 pandemic¹⁹ because any specific indication as to the difference between COVID-19 and “*diseases that are well known to medical science*” would have this effect. Choosing

¹⁷ K. Peruzzo, *National law in supranational case-law: a linguistic analysis of European Court of Human Rights judgments in English*, EUT Edizioni Università di Trieste 2019.

¹⁸ P.M. Tiersma, *Legal Language*, University of Chicago Press 1999, p. 199.

¹⁹ A. Nilsson, *Is Compulsory Childhood Vaccination Compatible with the Right to Respect for Private Life? A Comment on Vavříčka and Others v. the Czech Republic*, “European Journal of Health Law” 2021, no 28(3).

to make no comment on this issue, the Court equated, whether purposely or not, both types of vaccination: against diseases that modern medicine is certain to stem the spread of and against COVID-19, which is on many levels still something of an unknown for modern medicine.

3.3. Lack of European consensus over compulsory vaccination

In the considered judgement the Court noted that clearly there is no European consensus as to whether the vaccination of children should be compulsory²⁰, though with a simultaneous conviction that vaccination is one of the most successful and cost-effective health interventions and that all states should aim to achieve the highest possible level of vaccination among its population. This reference underlined that States enjoy a wide margin of appreciation, since they are in the best position to assess the measures necessary to protect public health, in the light of the health situation in their countries and the means at their disposal. The implementation of the aim to achieve the highest possible level of vaccination among its population therefore diverges in European states, including different methods of presenting the necessity of vaccination for citizens. Some of a state's health policies are based on mere recommendations, while others (i.e. the Czech Republic) are more restrictive²¹. This lack of European consensus affects people's conscience and it may suggest that if vaccination is not compulsory in other states (neighbour states rather than those outside Europe), then there is no reason for it to be compulsory in yours. European consensus on the matter could mean an easier way of presenting scientific consensus as to the efficacy and safety of vaccines. It would also allow the adoption of certain instruments (e.g. medical, legal, technological) on a supranational level. It would accelerate the spread of reliable and proven information. It would equip the procedure to develop the vaccination scheme with increased transparency and public involvement, which may consequently avoid conflicts of interests. There is no certainty, however, that the Court recognised the lack of such consensus as a difficulty or that it would decide that this lack suits the applicants.

3.4. Lack of a child-centred perspective

One may think that the Court's approach to the complaints made by child applicants is somewhat problematic. The reasoning seems confused and fails clearly to define and distinguish the separate and even conflicting interests, rights and re-

²⁰ Para 278.

²¹ See i.e.: M. Massa, *The Italian "No Job, No Job" Law*, *VerfBlog*, 2021/4/07, <https://verfassungsblog.de/the-italian-no-jab-no-job-law/>, doi: 10.17176/20210408-172757-0.

sponsibilities of parents and children. The burden of the Court's reasoning is clearly on the side of adult applicants and their complaints. Most human rights, including the right to respect for one's private and family life, raise positive and negative obligations for the state. Apart from refraining from interfering in someone's private and family life there is also an obligation to ensure that children's wellbeing and their rights are uncompromised by the actions of third parties, including their own parents. It also introduces for the parents obligation always to consider the best interests of the child, so Article 8 of the European Convention cannot justify actions that could harm the child's health and personal development. As mentioned above, the adult applicants see the best interests of a child as being primarily assessed by parents, while any state intervention should be allowed only as a last resort in the most extreme circumstances. There is room for the Court to present a different rule: state interference with parents' right to respect for family life is justified in the best interests of the child. The Court therefore missed opportunity to address the case from a child-centred perspective, which was rather unexpected bearing in mind the Court's *aquis* as to the children's rights including all the cases in which the Court relied on the UN Convention on the Rights of the Child²². In the case of Vavříčka and Others the child applicants were very young children, all aged about 5 when the decisions regarding their vaccinations were taken. The child applicants were most likely represented before the Court by their parents, which, while understandable in the situation, meant that it was their parents who submitted arguments on behalf of them. In fact, the children's applications only supported the adults' applications. It could raise the question of child representation and the possible conflict of interests, which went entirely unaddressed by the Court. This question was of vital importance in the case because it is unacceptable that a child's fundamental rights depend entirely on the will or decision of parents. Bearing in mind the child's best interests, the child's right to health, survival and personal development, the child's access to effective protection against preventable illnesses should be considered as an important aspect of children's bodily integrity, while the Court addressed this aspect of the case only for adult applicants. These two different aspects of the case cannot be automatically equated with each other or treated as identical.

Conclusions

The idea of this small investigation regarding what is missing in the European Court of Human Rights judgement in the case of Vavříčka and Others came to

²² <https://www.unicef.org/child-rights-convention/convention-text> [access: 29.03.2022].

the authors unexpectedly during an emotional discussion about the impact that international courts make, or could make, on societies' opinions, trends and behaviours. This idea has been strengthened by participation at the international Conference "Public Health and Mass Democracies. 2nd Human Rights and Public Health Webinar" on 19 January 2022. The exceptional nature of the world's health situation prompted the authors to look for scientific but not medical arguments for compulsory vaccination against COVID-19. Paradoxically some of them could have been found in what has not been expressed in the ECHR judgement in the case of *Vavříčka and Others*. The authors were convinced from the first moment after they read the judgement that the pronouncement of this ruling favours compulsory vaccinations. This corresponds with the personal opinions of the authors, according to which the promotion of compulsory vaccination needs the strong voice of the European Court of Human Rights²³. Human nature, however, suffers from the weakness that it tends to look for faults.

The pandemic has limited the enjoyment of personal freedoms to an extent that was unprecedented in democratic countries before²⁴ and this has created a situation in which any step forward could cause a serious resistance in society. The states are in an extremely difficult position, on the one hand having an urgent need to protect public health and on the other trying to avoid damaging the democratic system by introducing instruments that may be seen as an attack on personal freedoms. Known as a promotor and protector of human rights, the Court is an authority for both sides: states and individuals, and both sides treat it as a sounding board. This challenging role requires even more effort than ever, not just in the sphere of the application of law, but also in the sphere of public conscience.

The aim of the authors is not to prove that the Court failed in any of its duties. The Court's position in society is special and requires from it to take a broader perspective and to assess in advance what impact some of its judgements may have in people's lives. This broader perspective goes along with the utmost professional skill and care.

References

Donald A., Leach P., *Human Rights and COVID-19: Forging Recovery After a Pandemic of Abuses?*, *VerfBlog*, 2021/4/10, <https://verfassungsblog.de/human-rights-and-COVID-19-forging-recovery-after-a-pandemic-of-abuses/>.

²³ A. Donald, P. Leach, *Human Rights and COVID-19: Forging Recovery After a Pandemic of Abuses?*, *VerfBlog*, 2021/4/10, <https://verfassungsblog.de/human-rights-and-covid-19-forging-recovery-after-a-pandemic-of-abuses/>, doi: 10.17176/20210410-101028-0.

²⁴ Some authors call it rightfully "the war-like responses to the pandemic", see: A. Spadaro, *COVID-19. Testing the Limits of Human Rights*, "European Journal of Risk Regulation" 2020, no 11, pp. 317-325, doi: 10.1017/err.2020.27.

- Lo Giacco M.L., *Vaccini obbligatori e obiezione di coscienza dei genitori. (La decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo Vavříčka ed altri c. Repubblica Ceca, 8 aprile 2021)*, "Osservatorio Costituzionale" 2021, no 3.
- Massa M., *The Italian "No Jab, No Job" Law*, *VerfBlog*, 2021/4/07, <https://verfassungsblog.de/the-italian-no-jab-no-job-law/>.
- Nilsson A., *Is Compulsory Childhood Vaccination Compatible with the Right to Respect for Private Life? A Comment on Vavříčka and Others v. the Czech Republic*, "European Journal of Health Law" 2021, no 28(3).
- Peruzzo K., *National law in supranational case-law: a linguistic analysis of European Court of Human Rights judgments in English*, EUT Edizioni Università di Trieste 2019.
- Przybylska J., *Cywilnoprawne aspekty instytucji zgody pacjenta na interwencję medyczną i jej definicja*, „Monitor Prawniczy” 2003, no 16.
- Spadaro A., *COVID-19. Testing the Limits of Human Rights*, "European Journal of Risk Regulation" 2020, no 11.
- Tiersma P.M., *Legal Language*, University of Chicago Press, 1999.
- Vikarská Z., *Is compulsory Vaccination Compulsory?*, <https://verfassungsblog.de/is-compulsory-vaccination-compulsory/>.
- Viljanen J., *The Role of the European Court of Human Rights as a Developer of International Human Right Law*, "Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol" 2008, no 62/63.
- Ważyńska-Finck K., *Anti-vaxxers before the Strasbourg Court: Vavříčka and Others V. Czech Republic*, <https://strasbourgobservers.com/2021/06/02/anti-vaxxers-before-the-strasbourg-court-vavricka-and-others-v-the-czech-republic/>.

Ewa M. Kwiatkowska

Akademia Leona Koźmińskiego

ORCID 0000-0001-7576-1996

ekwiatkowska@kozminski.edu.pl

Bezpłatne leki dla seniorów a e-analfabetyzm – o konieczności tworzenia adekwatnych rozwiązań prawnych

Słowa kluczowe: Internetowe Konto Pacjenta (IKP), osoby starsze, wykluczenie cyfrowe, bezpłatne leki dla seniorów, dostęp do danych medycznych

Streszczenie. W wyniku wprowadzonej w 2016 r. nowelizacji ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych świadczeniobiorcy, którzy ukończyli 75 lat, uzyskali możliwość otrzymywania bezpłatnego zaopatrzenia w wybrane leki. Początkowo katalog podmiotów uprawnionych do wystawiania takich recept ograniczony był praktycznie do świadczeniodawców realizujących świadczenia z zakresu podstawowej opieki zdrowotnej. W 2020 r. katalog ten został rozszerzony o lekarzy specjalistów i lekarzy po zakończeniu leczenia szpitalnego, jednak z uwagi na brak gotowości systemu informatycznego podmioty te uzyskały prawo wystawiania takich recept dopiero od 1 stycznia 2021 r. Jednocześnie jednak przed wystawieniem recepty na bezpłatne leki świadczeniodawca ma obowiązek zweryfikowania leków wcześniej przepisanych i wykupionych przez świadczeniobiorcę. W przypadku lekarzy specjalistów i lekarzy po zakończeniu leczenia szpitalnego możliwość takiej weryfikacji uzależniona jest od nadania im przez świadczeniobiorcę uprawnień do wglądu w dokumentację medyczną. Do tego konieczne jest posiadanie aktywnego Internetowego Konta Pacjenta (IKP), co stanowi rzadkość wśród seniorów. Powiązanie możliwości otrzymania recept na bezpłatne leki z aktywowaniem IKP jest przejawem braku równego traktowania świadczeniobiorców. Szczególnie w obliczu starzenia się społeczeństwa i wysokiego poziomu e-analfabetyzmu, dającego się zaobserwować wśród najstarszych Polaków, istnieje konieczność takiego znówelizowania przepisów dotyczących bezpłatnych leków dla seniorów, aby nikt z powodu wykluczenia cyfrowego lub braku umiejętności bądź chęci aktywowania IKP nie był wykluczony z przysługujących mu świadczeń ochrony zdrowia. Efektem przedstawionej w artykule wieloaspektowej analizy są propozycje *de lege ferenda*.

Free medicines for seniors and e-illiteracy – about the necessity to devise adequate legal solutions

Keywords: Internet Patient Account (IKP), seniors, digital exclusion, free medicines for seniors, access to medical data

Summary. As a result of the adopted amendment to the Act on health care services financed from public funds, implemented in 2016, recipients above the age of 75, were able to obtain free provisions of certain drugs. Initially, the catalogue of entities approved to issue such prescriptions was essentially limited to service providers carrying out primary health care services. In 2020, this catalogue was expanded to include specialists and physicians after finishing a hospital treatment. However, due to the lack of ready IT system, these entities acquired the right to issue such prescriptions only from

January 1, 2021. At the same time, however, the service provider is required, before issuing a prescription for free drugs, to verify the drugs previously prescribed and obtained by the recipient. In the case of specialist and physicians after finishing a hospital treatment, to be able to carry out such verification is depended on the recipient's admitting the right to access medical records for physician. For this, an active Internet Patient Account (Internetowe Konto Pacjenta, IKP) is required, which is rare among seniors. Linking the possibility to receive prescriptions for free drugs with the activation of IKP exhibits a lack of equal treatment of beneficiaries. Particularly considering the aging of the society and the high level of e-illiteracy, noticed among the oldest citizens in Poland, it is essential to amend the regulations on free medicines for seniors so that no one is rejected from entitled health service, as a result of digital exclusion, lack of abilities or readiness to activate IKP healthcare services. The outcome of the multidimensional analysis presented in the article are propositions *de lege ferenda*.

Wprowadzenie

Możliwość wystawiania recept na bezpłatne leki¹ dla świadczeniobiorców, którzy ukończyli 75 lat, została wprowadzona do polskiego porządku prawnego w 2016 roku². Od tego czasu przepisy dotyczące rządowego programu LEKI 75+³, którego celem jest zapewnienie bezpłatnego dostępu do określonego katalogu leków dla świadczeniobiorców w wieku 75 lat i więcej, były kilkakrotnie nowelizowane. Najbardziej istotna zmiana ustawy, która miała prowadzić do ułatwienia i usprawnienia procesu otrzymywania przez najstarszych recept na określone, bezpłatne dla nich leki, została wprowadzona nowelizacją z dnia 19 lipca 2019 roku⁴. Polegała ona na rozszerzeniu katalogu świadczeniodawców uprawnionych do wystawiania recept na darmowe leki. W rzeczywistości dla większości świadczeniobiorców nie przyniosła jednak pożądanych zmian.

Zagadnienie dotyczące możliwości i sposobu bezpłatnego zaopatrzenia świadczeniobiorców w wieku ponad 75 lat w leki jest o tyle istotne, że społeczeństwo polskie jest jednym z najszybciej starzejących się społeczeństw w UE. Według stanu z dnia 30 czerwca 2021 r. w Polsce było ponad 2,7 mln osób, które ukończyły 75 lat⁵. Tych właśnie osób może dotyczyć poruszana problematyka, jeśli tylko są świadczeniobiorcami uprawnionymi do otrzymywania recept na bezpłatne leki.

¹ Określenie „leki” oznacza wymienione w art. 43a ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 1285): leki, środki spożywcze specjalnego przeznaczenia żywieniowego lub wyroby medyczne.

² Art. 1 pkt 1 ustawy z dnia 18 marca 2016 r. o zmianie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r., poz. 652), do ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 1285) dodano art. 43a.

³ Oficjalna strona internetowa programu „LEKI 75+”: <https://75plus.mz.gov.pl/> [dostęp: 20.11.2021].

⁴ Art. 5 pkt 15 lit. b ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z wdrażaniem rozwiązań w obszarze e-zdrowia, Dz.U. z 2019 r., poz. 1590.

⁵ Dokładnie 2 709 470 osób w wieku 75 lat i więcej; GUS, *Ludność. Stan i struktura ludności oraz ruch naturalny w przekroju terytorialnym (stan w dniu 30.06.2021 r.)*, Warszawa 2021, Tabela 1. Ludność według płci i wieku.

Prawo do korzystania z dostępu do darmowych leków powinno być równe dla wszystkich uprawnionych w wieku co najmniej 75 lat, a nie uzależnione od ich jakiegokolwiek działania czy nakładania na nich dodatkowych obowiązków. Osoby te powinny mieć możliwość otrzymania recepty na bezpłatne leki zawsze wtedy, gdy świadczeniodawca uzna to za medycznie uzasadnione.

Celem artykułu jest przedstawienie, na gruncie obecnie obowiązujących przepisów prawnych, faktycznej możliwości otrzymywania przez uprawnionych świadczeniobiorców recept na bezpłatne leki, a także wskazanie na konieczne zmiany w tym zakresie. Istotne jest przy tym zwrócenie uwagi na procedurę związaną z całym procesem wystawiania przez świadczeniodawców takich recept. W związku z bezpośrednim nałożeniem na podmiot wystawiający receptę ustawowych obowiązków dotyczących postępowania przed wystawieniem takich recept istotne jest zwrócenie uwagi na poziom wykorzystywania internetu przez najstarszych Polaków, w tym korzystanie, a właściwie brak korzystania przez nich z Internetowego Konta Pacjenta (IKP). W artykule dokonano wieloaspektowej analizy obecnej sytuacji w nakreślonym obszarze, a także wskazano postulaty *de lege ferenda*.

Seniorzy – wykluczenie cyfrowe i Internetowe Konto Pacjenta

Mimo postępującej transformacji cyfrowej i przenoszenia wielu procesów do sieci, większość osób starszych nie korzysta z internetu. Zgodnie z wynikami zrealizowanego w latach 2018–2019 ogólnopolskiego badania PolSenior2 na reprezentatywnej, losowej próbie blisko 6000 osób w wieku 60–106 lat, wśród najstarszych Polaków, czyli osób w wieku 75 lat i więcej, poziom e-analfabetyzmu, rozumianego jako nieużywanie internetu, wynosił ponad 87%⁶. Oznacza to, że mniej niż jedna na osiem osób w tej grupie wiekowej używa internetu. Większość seniorów nie jest więc beneficjentem i nie odczuwa pozytywnych skutków transformacji cyfrowej, przede wszystkim dlatego, że należy do grupy osób cyfrowo wykluczonych. Ponieważ osoby te nie korzystają z udogodnień, jakie niesie za sobą użytkowanie sieci, nie są m.in. w stanie, bez pomocy osoby trzeciej, aktywować Internetowego Konta Pacjenta (IKP) – bezpłatnego, powszechnie dostępnego dla każdego posiadacza numeru PESEL portalu internetowego wprowadzonego przez Ministerstwo Zdrowia, mającego na celu ułatwienie pacjentom korzystanie z cyfrowych usług ochrony zdrowia⁷ – ani samemu się nim posługiwać. Osoby te nie mogą więc np. udostępnić lekarzowi, pielęgniarce lub innemu świadczeniodawcom swojej elektro-

⁶ <https://polsenior2.gumed.edu.pl/> [dostęp: 20.11.2021]; E.M. Kwiatkowska, *Analfabetyzm cyfrowy – czy stanowi problem?*, XVII Zjazd Polskiego Towarzystwa Nadciśnienia Tętniczego, Gdańsk 24–26 czerwca 2021 r.

⁷ <https://pacjent.gov.pl/internetowe-konto-pacjenta/pytania-i-odpowiedzi> [dostęp: 20.11.2021].

nicznej dokumentacji medycznej, w tym m.in. informacji o wystawionych przez innych świadczeniodawców e-receptach, czy też wyrazić zgody na wgląd przez lekarza do wypisanych im leków, czyli historii recept⁸. Do takiego postępowania, podobnie jak możliwości dostępu m.in. do informacji o wystawionej e-receptce, czterocyfrowym kodzie umożliwiającym jej realizację, poziomie realizacji recepty czy dawkowaniu zaordynowanych leków niezbędne jest bowiem posiadanie aktywnego IKP.

Wprowadzanie w ramach Internetowego Konta Pacjenta kolejnych udogodnień, pozwalających na dostęp do coraz większej liczby funkcjonalności związanych z ochroną zdrowia, zwiększyło co prawda liczbę jego użytkowników, ale nie spowodowało powszechnego korzystania z IKP, szczególnie w grupie osób w wieku 75 lat i więcej. Do 31 grudnia 2019 r. około 10 tysięcy osób, czyli mniej niż 0,4% w tej grupie wiekowej, miało aktywne IKP⁹. W 2020 r. ponad czterokrotnie więcej seniorów (ponad 44 tysiące¹⁰) niż łącznie w latach 2018-2019 aktywowało swoje IKP. Mogło to być związane zarówno z powszechnym wdrożeniem z dniem 8 stycznia 2020 r. e-recepty, jak i ogłoszonym na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej od 20 marca 2020 r. stanem epidemii w związku z zakażeniami wirusem SARS-CoV-2¹¹ i przeniesieniem wielu aktywności do sieci. Mimo wprowadzenia od lipca 2020 r. funkcjonalności związanej z informowaniem przez IKP o wyniku testu na COVID-19, a od października 2020 r. o nałożonej kwarantannie lub izolacji domowej¹², na koniec 2020 r. wciąż tylko około 2% seniorów posiadało aktywne IKP¹³. Od stycznia 2021 r. dodano nowe funkcjonalności do IKP – posiadacze aktywnego konta mogą rejestrować się online na szczepienie przeciwko COVID-19, a także pobrać z IKP kod QR potwierdzający zaszczepienie przeciwko COVID-19, zaś od czerwca 2021 r. – Unijny Certyfikat COVID¹⁴. Te dodatkowe, związane z panu-

⁸ *Ibidem*.

⁹ Do 31.12.2019 r. w grupie wiekowej 75 lat i więcej było 9312 aktywnych IKP, w przypadku zaś 1060 kont brak jest informacji o dacie ich aktywowania (Centrum e-Zdrowia, Wniosek o udostępnienie informacji publicznej dotyczącej danych na temat liczby osób, które mają aktywne IKP, WPE.0112.1.2021; 2021-33483, Warszawa 2.11.2021). Zgodnie ze stanem z dnia 31.12.2019 r. w Polsce było 2 729 920 takich osób; GUS, *Ludność. Stan i struktura ludności oraz ruch naturalny w przekroju terytorialnym (stan w dniu 31.12.2019)*, Warszawa 2020, Tabela 1. Ludność według płci i wieku.

¹⁰ Centrum e-Zdrowia, Wniosek...

¹¹ Paragraf 1 Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii, Dz.U. z 2020 r., poz. 491.

¹² Centrum e-Zdrowia, *Już 10 milionów Polaków korzysta z Internetowego Konta Pacjenta w serwisie pacjent.gov.pl*, 6.07.2021, <https://cez.gov.pl/aktualnosci/szczegoly/juz-10-milionow-polakow-korzysta-z-internetowego-konta-pacjenta-w-serwisie-pacjentgovpl/> [dostęp: 15.10.2021].

¹³ Do 31.12.2020 r. w grupie wiekowej 75 lat i więcej było 53 679 aktywnych IKP, w przypadku zaś 1060 kont brak jest informacji o dacie ich aktywowania (Centrum e-Zdrowia, Wniosek...). Zgodnie ze stanem z dnia 31.12.2020 r. w Polsce było 2 697 462 takich osób; GUS, *Ludność. Stan i struktura ludności oraz ruch naturalny w przekroju terytorialnym (stan w dniu 31.12.2020)*, Warszawa 2021, Tabela 1. Ludność według płci i wieku.

¹⁴ Centrum e-Zdrowia, *Już...*

jącą pandemią funkcjonalności, przyczyniły się do największego, obserwowanego w porównaniu z wcześniejszymi półrocznymi okresami, wzrostu liczby aktywnych IKP w pierwszej połowie 2021 r., zarówno w grupie wszystkich uprawnionych, jak i najstarszych użytkowników. Tylko w pierwszym półroczu 2021 r. liczba aktywnych IKP osób w wieku 75 lat i więcej zwiększyła się o blisko 94 tysiące. Zgodnie ze stanem z dnia 30 czerwca 2021 r. łącznie ponad 148 tysięcy seniorów posiadało aktywne IKP, co stanowi niespełna 5,5% osób w tej grupie wiekowej, zgodnie zaś ze stanem z dnia 18 października 2021 r. – ogółem blisko 183,5 tysiąca, czyli niemal 6,8% osób w wieku 75 lat i więcej miało aktywne IKP¹⁵. Mimo że odsetek posiadających aktywne IKP wśród najstarszych, czyli osób w wieku 75 lat i więcej, rośnie, w dalszym ciągu jest on niewielki. Seniorzy, w zdecydowanej większości, nie korzystają więc z funkcjonalności związanych z IKP.

Bezpłatne leki dla seniorów – rządowy program Leki 75+

Od 2016 r. świadczeniobiorcom po ukończeniu 75. roku życia przysługują tzw. bezpłatne leki dla seniorów. W wyniku zmian wprowadzonych art. 1 pkt 1 ustawy z dnia 18 marca 2016 r. o zmianie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz niektórych innych ustaw¹⁶ do ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych¹⁷ dodano art. 43a, który wszedł w życie 12 czerwca 2016 r. Stanowił on, że świadczeniobiorcom, po ukończeniu 75. roku życia, przysługuje bezpłatne zaopatrzenie w leki określone w wykazie ogłaszającym przez ministra właściwego do spraw zdrowia, na podstawie recepty wystawionej przez lekarza podstawowej opieki zdrowotnej, pielęgniarkę podstawowej opieki zdrowotnej albo lekarza posiadającego prawo wykonywania zawodu, który zaprzestał wykonywania zawodu i wystawił receptę dla siebie albo dla małżonka, wstępnych lub zstępnych w linii prostej oraz rodzeństwa (art. 43a ust. 1).

Pierwsze obwieszczenie zawierające wykaz bezpłatnych leków przysługujących świadczeniobiorcom w wieku co najmniej 75 lat zostało opublikowane przez Ministra Zdrowia 19 sierpnia 2016 roku¹⁸. Rządowy projekt Leki 75+ faktycznie

¹⁵ Do 30.06.2021 r. w grupie wiekowej 75 lat i więcej było 147 605 aktywnych IKP, w przypadku zaś 1060 kont brak jest informacji o dacie ich aktywowania; do 18.10.2021 r. w tej grupie wiekowej aktywnych było 183 499 IKP (Centrum e-Zdrowia, Wniosek...). Zgodnie ze stanem z dnia 30.06.2021 r. w Polsce było 2 709 470 osób w wieku 75 lat i więcej; GUS, *Ludność. Stan i struktura ludności oraz ruch naturalny w przekroju terytorialnym (stan w dniu 30.06.2021)*.

¹⁶ Dz.U. z 2016 r., poz. 652.

¹⁷ T.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 1285.

¹⁸ Obwieszczenie Ministra Zdrowia z dnia 19 sierpnia 2016 r. w sprawie wykazu refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych; Dz.Urz. Min. Zdr. poz. 79.

zaczął obowiązywać od 1 września 2016 roku. Od tego dnia świadczeniobiorcy, tj. osoby objęte powszechnym ubezpieczeniem zdrowotnym lub posiadające inny tytuł uprawniający do korzystania ze świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, którzy ukończyli 75. rok życia, mogli otrzymywać receptę na darmowe leki (art. 2 ust. 1 ustawy).

Początkowo, dla większości świadczeniobiorców, katalog podmiotów uprawnionych do wypisywania recept na bezpłatne leki był ustawowo ograniczony do lekarza lub pielęgniarki POZ. Ani lekarz specjalista, ani lekarz po zakończeniu leczenia szpitalnego nie mogli takiej recepty wystawić. Każdorazowo, po wizycie u specjalisty lub po pobycie w szpitalu i otrzymaniu recepty na lek znajdujący się w obowiązującym obwieszczeniu Ministra Zdrowia, który świadczeniobiorca mógłby ze względu na wskazania medyczne otrzymać bezpłatnie, konieczny był powrót do placówki POZ w celu otrzymania stosownej recepty, uprawniającej świadczeniobiorcę w wieku co najmniej 75 lat do otrzymania tego leku bezpłatnie. Taka konieczność mogła być uciążliwa, utrudniała życie seniorom, często schorowanym i wymagającym opieki osoby trzeciej, narażając ich na pogorszenie stanu zdrowia (w przychodni przebywają również osoby chore), stanie w kolejkach i czekanie na przyjęcie przez lekarza POZ. Pacjenci ci zajmowali również czas, który mógłby być poświęcony osobom wymagającym rzeczywistej konsultacji medycznej.

Już w ramach konsultacji publicznych projektu ustawy o zmianie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz niektórych innych ustaw¹⁹ zgłaszano uwagi dotyczące ograniczonego katalogu podmiotów uprawnionych do wystawiania recept w ramach programu 75+²⁰. Wskazywano m.in., że katalog podmiotów uprawnionych do wystawiania takich recept, ograniczony praktycznie do lekarzy POZ, będzie skutkował koniecznością dodatkowych wizyt pacjentów. Uwagi te nie zostały jednak uwzględnione, m.in. ze względu na przyczynianie się poddanego konsultacjom i ostatecznie uchwalonego rozwiązania do przeciwdziałania zjawisku polipragmazji²¹.

¹⁹ Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 261, Sejm VIII kadencji.

²⁰ Uwaga: Uniwersytetu Medycznego w Łodzi wskazująca na konieczność rozszerzenia uprawnienia o lekarzy geriatrów oraz uwaga Związku Pracodawców Aptecznych PharmaNET wskazująca, aby recepty na bezpłatne leki dla osób 75+ mogły być wystawiane przez każdego lekarza uprawnionego do wystawiania recept na produkty refundowane, *Raport z konsultacji publicznych oraz opiniowania projektu ustawy o zmianie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz niektórych innych ustaw*, druk sejmowy nr 261, Sejm VIII kadencji, s. 22–23.

²¹ *Ibidem*.

Program Leki 75+ – stan obecny

W wyniku zmian ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, wprowadzonych art. 5 pkt 15 lit. b ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z wdrażaniem rozwiązań z zakresu e-zdrowia²², rozszerzony został katalog podmiotów uprawnionych do wystawiania recept na bezpłatne leki dla świadczeniobiorców w wieku co najmniej 75 lat. Na świadczeniodawców nałożone zostały również dodatkowe obowiązki związane z wystawianiem takich recept. Do ustawy dodano art. 43a ust. 1a i 1b, które zgodnie z art. 34 pkt 4 nowelizującej ustawy weszły w życie 1 lipca 2020 r. Zgodnie z art. 43a ust. 1a bezpłatne zaopatrzenie w leki dla świadczeniobiorców, po ukończeniu 75. roku życia, przysługuje również na podstawie recepty wystawionej w postaci elektronicznej (e-recepta) przez lekarza lub pielęgniarkę udzielających świadczeń opieki zdrowotnej w ramach umowy z NFZ o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej z zakresu ambulatoryjnej opieki specjalistycznej, a także lekarza udzielającego świadczeń opieki zdrowotnej w ramach umowy z NFZ o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej z zakresu leczenia szpitalnego w związku z jego zakończeniem.

Bezpłatne zaopatrzenie w leki przysługuje więc świadczeniobiorcom po ukończeniu 75. roku życia na podstawie recepty wystawionej przez lekarza lub pielęgniarkę udzielających świadczeń opieki zdrowotnej w ramach umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej z zakresu podstawowej opieki zdrowotnej albo lekarza posiadającego prawo wykonywania zawodu, który zaprzestał wykonywania zawodu i wystawił receptę dla siebie albo dla małżonka, osoby pozostającej we wspólnym pożyciu oraz krewnych lub powinowatych w linii prostej, a w linii bocznej do stopnia pokrewieństwa między dziećmi rodzeństwa²³, jak również na podstawie e-recepty wystawionej przez lekarza specjalistę lub przez lekarza po zakończeniu leczenia szpitalnego. Wszyscy ci świadczeniodawcy, zgodnie z art. 43a ust. 1b ustawy, przed wystawieniem recepty na bezpłatne leki są obowiązani do dokonywania za pośrednictwem systemu (Elektroniczna Platforma Gromadzenia, Analizy i Udostępnienia Zasobów Cyfrowych o Zdarzeniach Medycznych, tzw. Platforma P1) weryfikacji ilości oraz rodzaju przepisanych świadczeniobiorcy leków pod względem bezpieczeństwa oraz konieczności ich stosowania, biorąc pod uwagę recepty wystawione oraz zrealizowane dla tego świadczeniobiorcy. Aby zrealizować ten obowiązek, świadczeniobiorca musi uzyskać dostęp do informacji

²² Dz.U. z 2019 r., poz. 1590.

²³ Art. 43a ust. 1 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych po zmianie przez art. 5 pkt 15 lit. a ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z wdrażaniem rozwiązań z zakresu e-zdrowia, doprecyzowujący, że podmiotami uprawnionymi do wystawiania recept na bezpłatne leki są realizujący świadczenia opieki zdrowotnej w ramach umowy o udzielanie świadczeń z zakresu POZ, a nie tylko lekarz lub pielęgniarka POZ.

o wystawionych i zrealizowanych przez usługobiorcę receptach. Zgodnie z art. 35 ust. 1 ustawy z dnia 28 kwietnia 2011 r. o systemie informacji w ochronie zdrowia²⁴ dostęp do tych danych, przetwarzanych w systemie teleinformatycznym usługodawcy lub w Systemie Informacji Medycznej, mają: pracownik medyczny, który wytworzył elektroniczną dokumentację medyczną usługobiorcy, pracownik medyczny wykonujący zawód u usługodawcy, u którego została wytworzona elektroniczna dokumentacja medyczna, w związku z wykonywaniem przez niego zawodu u tego usługodawcy, jeżeli jest to niezbędne do prowadzenia diagnostyki lub zapewnienia ciągłości leczenia, lekarz, pielęgniarka lub położna udzielający usługobiorcy świadczeń opieki zdrowotnej w ramach umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej z zakresu podstawowej opieki zdrowotnej, oraz każdy pracownik medyczny w sytuacji zagrożenia życia usługobiorcy. Natomiast, zgodnie z art. 35 ust. 1a tej ustawy, w przypadku innych świadczeniobiorców udostępnienie danych medycznych z systemu teleinformatycznego usługodawcy lub z SIM następuje za zgodą usługobiorcy lub jego przedstawiciela ustawowego.

Celem nowelizacji ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych było rozszerzenie katalogu podmiotów uprawnionych do wystawiania recept na bezpłatne leki dla świadczeniobiorców, którzy ukończyli 75 lat od dnia 1 lipca 2020 roku. Jednak w praktyce termin uruchomienia funkcjonalności pozwalającej świadczeniodawcom na dostęp, za pośrednictwem platformy P1, do informacji o przepisanych i zrealizowanych przez uprawnionych do otrzymania recept na bezpłatne leki pacjentów, był dwukrotnie przesuwany. Najpierw uruchomienie tej funkcjonalności miało nastąpić z dniem 1 października 2020 r.²⁵, ostatecznie zaś z dniem 31 grudnia 2020 roku²⁶. Do tego dnia recepty na bezpłatne leki dla uprawnionych osób w wieku 75 lat i więcej mogły być wystawiane na zasadach sprzed nowelizacji, czyli dla większości pacjentów przez lekarza lub pielęgniarkę udzielających świadczeń opieki zdrowotnej w ramach umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej z zakresu podstawowej opieki zdrowotnej.

W praktyce od 1 stycznia 2021 r. lekarze specjaliści i lekarze po zakończeniu leczenia szpitalnego uzyskali możliwość wystawiania recept na bezpłatne leki dla seniorów, gdyż od tego dnia uzyskali techniczną możliwość wglądu w wystawione i zrealizowane przez świadczeniobiorcę recepty. Jednak dla większości świadczeniobiorców rozszerzenie tego katalogu jest pozorne. Możliwość wystawienia recepty na bezpłatne leki wymaga bowiem uprzedniego sprawdzenia przez świadczeniodawcę w systemie informatycznym (www.gabinet.gov.pl), jakie recepty zostały już

²⁴ T.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 666.

²⁵ Komunikat Ministra Zdrowia z dnia 24 czerwca 2020 r. w sprawie uruchomienia funkcjonalności systemu, Dz.Urz. Min. Zdr. poz. 45.

²⁶ Komunikat Ministra Zdrowia z dnia 30 września 2020 r. w sprawie uruchomienia funkcjonalności systemu, Dz.Urz. Min. Zdr. poz. 80.

dla tego świadczeniobiorcy wystawione i zrealizowane. Możliwość sprawdzenia wystawionych i zrealizowanych recept, bez uzyskania uprzedniej zgody świadczeniobiorcy, mają świadczący usługi z zakresu podstawowej opieki zdrowotnej. Takiego uprawnienia nie posiadają m.in. lekarze specjaliści. Zgodnie z art. 35 ust. 1a ustawy o systemie informacji w ochronie zdrowia, udostępnianie im danych pacjenta wymaga jego uprzedniej zgody. Do tego zaś konieczne jest posiadanie aktywnego IKP.

Nowelizacja nie spełniła swojego celu – rozszerzenie katalogu podmiotów, które mogą wystawiać recepty na bezpłatne leki, jest dla większości świadczeniobiorców pozorne. W momencie faktycznego umożliwienia wystawiania recept na bezpłatne leki dla świadczeniobiorców w wieku powyżej 75 lat lekarzom specjalistom, a także lekarzom po zakończeniu leczenia szpitalnego, czyli według stanu z dnia 31 grudnia 2020 r., aktywne IKP miało tylko około 2% osób w wieku 75 lat i więcej. To tylko w przypadku tych osób lekarz specjalista lub lekarz po zakończeniu leczenia szpitalnego miał możliwość wystawienia recepty na bezpłatne leki. Faktycznie możliwość ta istniała tylko dla tych świadczeniobiorców, którzy przy wykorzystaniu IKP upoważnili tego lekarza lub placówkę medyczną, w której świadczy on usługi, do wglądu w ich dokumentację medyczną, a konkretnie w wystawiane przez innych świadczeniodawców recepty. Cała ta procedura jest skomplikowana, a należy pamiętać, że omawiany problem dotyczy osób starszych, które nawet w przypadku posiadania aktywnego IKP (wg stanu z dnia 18 października 2021 r. niespełna 7% osób w wieku ponad 75 lat), mogą mieć problem z nadaniem uprawnienia do wglądu w wystawione i zrealizowane recepty, a nie zawsze i nie wszyscy mogą liczyć na pomoc osób trzecich.

Wnioski

Znowelizowane przepisy ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych, rozszerzające katalog uprawnionych do wystawiania recept na bezpłatne leki o lekarzy specjalistów i lekarzy po zakończeniu leczenia szpitalnego, bez wątpienia są właściwym krokiem w kierunku ułatwienia seniorom korzystania z nadanych im uprawnień. Jednak uzależnianie wystawienia przez nich takich recept z posiadaniem przez świadczeniobiorcę aktywnego IKP, za pomocą którego może on nadać świadczeniodawcy uprawnienie do wglądu w wystawione przez innych recepty, znacząco ogranicza zakres faktycznej możliwości korzystania z tych uprawnień, które w zamierzeniu miały ułatwić i usprawnić proces wystawiania recept. Jest to dyskryminacja osób, które IKP nie aktywowały. W praktyce ponad 93% świadczeniobiorców w wieku 75 lat i więcej nie może korzystać ze swoich praw, gdyż nie aktywowali IKP. W dalszym ciągu recepty na bezpłatne leki dla nich może wystawiać tylko podmiot świadczący usługi z zakresu podstawowej opieki

zdrowotnej. Uzależnienie dostępu do praw wynikających bezpośrednio z ustawy od aktywowania i używania IKP nie jest przejawem równego traktowania świadczeniobiorców. Co więcej, uprawnienie do wystawiania recept na bezpłatne leki jest ograniczone – przysługuje wyłącznie świadczeniodawcom realizującym usługi w ramach realizacji umów z NFZ. Pacjenci korzystający z usług medycznych prywatnie (komercyjnie), nie mają więc prawa do otrzymania recept na bezpłatne leki.

Nie jest możliwe zobowiązanie świadczeniobiorców do korzystania z usług cyfrowych, dlatego też konieczna jest taka zmiana przepisów, aby możliwość wystawiania pacjentom recept na bezpłatne leki nie była uzależniona od poziomu ich kompetencji cyfrowych czy posiadania przez nich aktywnego IKP. W przeciwnym wypadku zarówno osoby wykluczone cyfrowo, jak i te, które nie chcą korzystać z takich udogodnień, nie będą mogły być traktowane w ten sam sposób, co osoby posiadające aktywne IKP i potrafiące z niego korzystać. Konieczna jest zatem taka zmiana przepisów, aby każdy świadczeniodawca uprawniony do wystawienia recept na bezpłatne leki miał prawo do automatycznego wglądu do danych o wystawionych i zrealizowanych receptach. Powinien on zatem posiadać takie same prawa w tym zakresie, jakie obecnie przysługują świadczeniodawcom realizującym usługi z zakresu podstawowej opieki zdrowotnej. W innym wypadku możliwość wystawiania przez innych świadczeniodawców niż tych realizujących świadczenia z zakresu podstawowej opieki zdrowotnej recept na darmowe leki będzie iluzoryczna.

W sierpniu 2021 r. do Sejmu wniesiony został rządowy projekt ustawy nowelizującej m.in. przepisy ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych dotyczące wystawiania recept na bezpłatne leki dla świadczeniobiorców w wieku 75 lat i więcej²⁷. Zgodnie z proponowaną zmianą dostęp do danych osobowych lub jednostkowych danych medycznych dotyczących ilości oraz rodzaju przepisanych świadczeniobiorcy leków, umożliwiający dokonanie weryfikacji ilości oraz rodzaju przepisanych świadczeniobiorcy leków, nie wymaga zgody usługobiorcy lub jego przedstawiciela ustawowego²⁸. Dzięki proponowanym zmianom, katalog podmiotów – świadczeniodawców uprawnionych do wypisywania takich recept – będzie faktycznie, a nie tylko iluzorycznie, rozszerzony. Wystawienie takiej recepty przez innego świadczeniodawcę niż realizującego świadczenia z zakresu podstawowej opieki zdrowotnej nie będzie bowiem zależne od posiadania przez świadczeniobiorców aktywnego IKP. Świadczeniodawca – obok obowiązku sprawdzenia wystawionych pacjentowi recept – będzie posiadać uprawnienie do ich sprawdzenia bez otrzymania od pacjenta uprawnienia nada-

²⁷ Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 1449, Sejm IX kadencji.

²⁸ *Ibidem*, art. 6 pkt 1 nowelizujący art. 43a ust. 1b ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych.

nego w IKP. Takie rozwiązanie spowoduje równe traktowanie zarówno pacjentów włączonych, jak i wykluczonych cyfrowo. Jeśli tylko złożona nowelizacja zostanie uchwalona w proponowanym kształcie, zrównana zostanie sytuacja uprawnionych do otrzymywania recept na bezpłatne leki świadczeniodawców: tych posiadających i nieposiadających aktywnego IKP.

Obok wprowadzenia możliwości weryfikacji wystawionych i zrealizowanych przez świadczeniobiorcę recept bez nadania przez niego uprawnienia, należałoby się również zastanowić nad wprowadzeniem rozwiązania pozwalającego świadczeniodawcy uzyskać wgląd w wystawione i zrealizowane przez pacjenta recepty niejako automatycznie, w chwili wystawiania przez niego recepty, a nie dopiero po wejściu w historię wystawianych recept.

Literatura

- Centrum e-zdrowia (2021), *Już 10 milionów Polaków korzysta z Internetowego Konta Pacjenta w serwisie pacjent.gov.pl*, 6 lipca, <https://cez.gov.pl/aktualnosci/szczegoly/juz-10-milionow-polakow-korzysta-z-internetowego-konta-pacjenta-w-serwisie-pacjentgovpl/>.
- Centrum e-Zdrowia (2021), Wniosek o udostępnienie informacji publicznej dotyczącej danych na temat liczby osób, które mają aktywne IKP, WPE.0112.1.2021; 2021-33483, 2 listopada, Warszawa.
- GUS, *Ludność. Stan i struktura ludności oraz ruch naturalny w przekroju terytorialnym (stan w dniu 30.06.2021)*, Warszawa 2021, Tabela 1. Ludność według płci i wieku.
- GUS, *Ludność. Stan i struktura ludności oraz ruch naturalny w przekroju terytorialnym (stan w dniu 31.12.2020)*, Warszawa 2021, Tabela 1. Ludność według płci i wieku.
- GUS, *Ludność. Stan i struktura ludności oraz ruch naturalny w przekroju terytorialnym (stan w dniu 31.12.2019)*, Warszawa 2020, Tabela 1. Ludność według płci i wieku.
- Kwiatkowska E.M., *Analfabetyzm cyfrowy – czy stanowi problem?*, XVII Zjazd Polskiego Towarzystwa Nadciśnienia Tętniczego, Gdańsk, 24-26 czerwca 2021 r.

Martyna Łaszewska-Hellriegel

Uniwersytet Zielonogórski

ORCID 0000-0002-2212-371X

m.laszewska-hellriegel@wpa.uz.zgora.pl

Ewelina Malinowska

Uniwersytet Zielonogórski

e.malinowska@gcafe.pl

Ograniczenie wolności i praw w związku z pandemią COVID-19 w Polsce. Teoria i praktyka

Słowa kluczowe: prawa, wolności, COVID-19, pandemia, Konstytucja

Streszczenie. Pandemia COVID-19 postawiła rząd przed obowiązkiem ochrony zdrowia publicznego. Potrzebne były decyzje, ograniczające prawa i wolności jednostki, to pozostaje niesporne. Jednak sposób ich wprowadzania budzi kontrowersję przede wszystkim pod względem konstytucyjnym i metodologicznym. Przedmiotem rozważań podjętych w artykule jest legalność wprowadzenia ograniczeń praw i wolności oraz wskazanie prawidłowego procesu ich dokonywania. Artykuł odwołuje się również do orzecznictwa w zakresie wprowadzonych obostrzeń.

Limiting rights and freedoms in the COVID -19 pandemic in Poland. Theory and practice

Keywords: rights, freedoms, COVID-19, pandemic, Constitution

Summary. The COVID-19 pandemic put the government in responsibility of protecting public health. Decisions restricting individual rights and freedoms were needed, this remains uncontested. However, the manner of their introduction raises controversy primarily from a constitutional and methodological point of view. The article analyses the legality of the restrictions on the rights and freedoms and the indicates the correct process of their implementation. The article also refers to the jurisprudence in the field of introduced restrictions.

1. Wstęp

W dniu 6 marca 2020 r. w Zielonej Górze w woj. lubuskim stwierdzono pierwszy potwierdzony przypadek zakażenia COVID 19 w Polsce¹. Wirus korony SARS-CoV-2 wywołujący chorobę COVID-19 był na tyle nowy, nieznan i nieprzewidywalny, iż rząd polski w ślad za innymi państwami europejskimi, w celu zapobie-

¹ Zob. pod <https://www.gov.pl/web/zdrowie/pierwszy-przypadek-koronawirusa-w-polsce> [dostęp: 19.03.2022].

zenia rozprzestrzeniania się pandemii, wprowadził pierwsze działania zapobiegawcze ograniczające prawa i wolności². Pomimo istnienia możliwości legalnej zmiany prawa, polskie władze wybrały inną drogę postępowania, naruszającą przepisy prawa, godzącą w podstawowe wolności i prawa. Takie postępowanie skutkuje nieprawidłowym funkcjonowaniem wprowadzonych norm, a jednocześnie zachwianiem zasady pewności prawa w społeczeństwie.

Celem tego artykułu jest przesłedzenie wprowadzonych zmian ograniczających prawa i wolności w prawie polskim przy zwalczaniu epidemii oraz ocena zgodności tych działań z regułami powszechnie obowiązującego prawa, przy równoczesnym spojrzeniu na reakcję sądownictwa na wprowadzane zmiany.

2. Konstytucyjne sposoby ograniczenia wolności i praw

W Polsce obowiązuje system hierarchii aktów prawnych, zgodnie z którym każdy akt niższego rzędu musi być zgodny z aktami wyższego rzędu. Aktem najwyższej rangi jest Konstytucja³. Oznacza to, że normy prawne znajdujące się w innych aktach prawnych muszą być zgodne z Konstytucją i nie mogą naruszać jej postanowień. Zbudowany zgodnie z art. 87 Konstytucji system hierarchii aktów normatywnych ma zapewnić mu spójność, zupełność oraz uchronić przed powstawaniem sprzeczności⁴.

W Konstytucji zawarte są podstawowe wolności i prawa⁵, a ich ograniczenie możliwe jest tylko w sytuacjach wyjątkowych przewidzianych w przepisach konstytucyjnych. Wszystkie ograniczenia mogą być wprowadzane zgodnie z dyspozycją art. 31 ust. 3 Konstytucji lub w sposób szczególny przy spełnieniu przesłanek do wprowadzenia stanu nadzwyczajnego⁶.

² W.C. Włodarczyk, *Uwagi o pandemii COVID-19 w Polsce. Perspektywa polityki zdrowotnej*, „Zdrowie Publiczne i Zarządzanie” 2020, nr 18(2), s. 135, <https://www.ejournals.eu/pliki/art/17746/> [dostęp: 3.04.2022]; w stosunku do innych państw podejmujących kroki ochrony zdrowia zob. K. Walecka, K. Wojtas, *Lockdown demokracji w czasach pandemii COVID-19. Raport*, Konrad Adenauer Stiftung 2020, s. 3 i nast., <https://www.kas.de/pl/web/polen/einzeltitel/-/content/lockdown-demokracji-w-czasach-pandemii-covid-19> [dostęp: 3.04.2022].

³ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Kon.) z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm. Polski Trybunał Konstytucyjny (TK) orzekł przy okazji badania zgodności traktatu akcesyjnego z Konstytucją RP, że o ile prawo wspólnotowe może mieć pierwszeństwo przed ustawami prawa krajowego, o tyle nie oznacza to, że ma automatycznie pierwszeństwo także przed Konstytucją; wyrok TK z dnia 11 maja 2005, sygn. akt K 18/04.

⁴ I. Malinowska, *Źródła prawa w Konstytucji RP z 1997 roku*, „Przegląd Sejmowy” 2017, nr 6, s. 282-304.

⁵ Rozdział II Kon.

⁶ Art. 228 pkt 1 i 2 Kon.

Ustawodawca w art. 31 ust. 3 Konstytucji ustanowił tzw. klauzule imitacyjne, które będą miały zastosowanie dla ograniczenia wszystkich konstytucyjnych praw i wolności⁷. Ograniczeniom w korzystaniu z konstytucyjnych wolności i praw ustawodawca postawił trzy zapory. Po pierwsze, nie mogą one prowadzić do pełnego zniesienia tych swobód i uprawnień, po drugie, nie mogą prowadzić do naruszenia ich istoty, po trzecie, ograniczenia te mogą być ustanawiane tylko gdy są nieodzowne w demokratycznym państwie⁸. Ta ostatnia klauzula zwana jest zasadą proporcjonalności. Broni ona prawa i swobody jednostki przed nadmierną ingerencją państwa⁹.

Stan nadzwyczajny może zostać wprowadzony w sytuacjach szczególnych zagrożeń, jeżeli zwykle środki konstytucyjne są niewystarczające. Wprowadzenie stanu nadzwyczajnego, jako narzędzia prawnego, będzie zawsze poprzedzone zaistnieniem specyficznych okoliczności faktycznych, jak np. zjawiska naturalne czy wydarzenia społeczne. Cechą charakterystyczną stanu nadzwyczajnego będą czasowe zmiany kompetencyjne podmiotów władzy publicznej, w celu umożliwienia lepszego i bardziej efektywnego zarządzania państwem. Podczas stanu nadzwyczajnego może również nastąpić ograniczenie gwarancji wolności i praw jednostki¹⁰. Stan nadzwyczajny może zostać ogłoszony „tylko na podstawie ustawy”, „w drodze rozporządzenia”, które podlega dodatkowemu podaniu do publicznej wiadomości¹¹. W obecnym stanie prawnym zakres ten przede wszystkim regulowany jest przepi-

⁷ P. Tuleja, [w:] P. Czarny, M. Florczak-Wątor, B. Naleziński, P. Radzewicz, P. Tuleja, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, wyd. II, LEX/el. 2021, art. 31.

⁸ K. Complik, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. M. Haczowska, Warszawa 2014, art. 31.

⁹ Art. 31 ust. 3; por. G. Maroń, *Polskie prawodawstwo ograniczające wolność religijną w okresie pandemii koronawirusa SARS-CoV-2 a standardy państwa prawa – wybrane zagadnienia*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2021, nr 1, s. 35; szerzej o zasadzie proporcjonalności por. A. Śledzińska-Simon, *Analiza proporcjonalności ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności. Teoria i praktyka*, Wrocław 2019, s. 23 i nast.; por. też wyrok TK z 8.07.2008 r., K 46/07, OTK-A 2008, nr 6, poz. 104, w którym to TK określił „że państwo nie może ustanawiać ograniczeń przekraczających pewien stopień uciążliwości, zwłaszcza zaś ograniczeń o zaburzonej proporcji pomiędzy stopniem naruszenia uprawnień jednostki a rangą podlegającego ochronie interesu publicznego”. Wszelka interwencja powinna więc być adekwatna do celu, który ma chronić; także zob. wyrok TK z 31.03.2008 r., P 20/07, OTK-A 2008, nr 2, poz. 31, w którym to TK stwierdził, iż „proporcjonalność oznacza, że waga interesu, któremu ma służyć różnicowanie sytuacji adresatów normy, powinna pozostawać w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostaną naruszone w wyniku nierównego traktowania podmiotów podobnych”.

¹⁰ P. Radzewicz, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, wyd. II, red. P. Tuleja, LEX/el. 2021, art. 228; podobnie K. Complik, *op. cit.*, art. 228.

¹¹ Por. M. Ożóg, *Zwalczanie chorób zakaźnych w stanie epidemii oraz w stanie klęski żywiołowej a realizacja wolności sumienia i religii w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. i ustawodawstwa*, „Studia z Prawa Wyznaniowego” 2021, t. 24, s. 322.

sami z ustawy z dnia 18 kwietnia 2002 r. o stanie klęski żywiołowej¹² i ustawy z dnia 22 listopada 2002 r. o wyrównywaniu strat majątkowych wynikających z ograniczenia w czasie stanu nadzwyczajnego wolności i praw człowieka i obywatela¹³.

W związku z pandemią COVID-19 oraz faktem zaniechania ogłoszenia stanu klęski żywiołowej pojawiły się w doktrynie głosy postulujące potrzebę utworzenia nowej kategorii stanów nadzwyczajnych. Byłyby to stany „hybrydowe” lub „materialne”¹⁴. Taki stan powstawałby niezależnie od braku jego ogłoszenia zgodnie z dyspozycją art. 228 ust. 2. Ten mechanizm służyłby wzmocnieniu ochrony wolności i praw jednostki¹⁵. Działając w celu ochrony zdrowia publicznego, w tym wypadku chroniąc przed pandemią, organy państwa nie powinny bowiem wykroczyć poza prawo i osłabiać konstytucyjnych wolności i praw.

Reasumując przedstawione wyżej rozważania, zgodnie z aktualnym stanem prawnym, wprowadzenie ograniczeń dotyczących wolności i praw jednostki w związku z pandemią COVID-19 jest możliwe poprzez zastosowanie dwóch wariantów rozwiązań prawnych: ustawą spełniającą dyspozycję art. 31 ust. 3 Konstytucji albo poprzez wprowadzenie stanu klęski żywiołowej.

3. Działania prawodawcze rządu RP w celu zwalczania pandemii

Konstytucja wprost wskazuje, że władze publiczne są obowiązane do zwalczania chorób epidemicznych¹⁶, nie wskazując przy tym, w jaki sposób te działania mają być podejmowane. W związku z pandemią COVID-19 doświadczyliśmy i doświadczamy wielu ograniczeń wolności i praw, jednakże nie wynikają one wprost z ograniczenia wprowadzonego ustawą bądź wprowadzeniem stanu nadzwyczajnego. W doktrynie reprezentowany jest pogląd, iż najbardziej odpowiednim środkiem prawnym byłoby wprowadzenie stanu klęski żywiołowej¹⁷. Tezę tę można

¹² Dz.U. z 2017 r., poz. 1897 ze zm.

¹³ Dz.U. Nr 233, poz. 1955 ze zm. Regulacje dotyczące stanów nadzwyczajnych znajdują się również w ustawie z 21.06.2002 r. o stanie wyjątkowym (Dz.U. z 2017 r., poz. 1928 ze zm.) oraz ustawie z 29.08.2002 r. o stanie wojennym oraz o kompetencjach Naczelnego Dowódcy Sił Zbrojnych i zasadach jego podległości konstytucyjnym organom Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 2017 r., poz. 1932).

¹⁴ P. Radziejewicz, *op. cit.*, art. 228.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Art. 68 ust. 4 Kon.; por. M. Radajewski, *Stan zagrożenia epidemicznego oraz stan epidemii jako formy prawne ochrony zdrowia publicznego*, „Przegląd Legislacyjny” 2021, nr 4, s. 59-86.

¹⁷ Art. 232 Kon., art. 2 i art. 3 ust. 1 pkt 1 Ustawy z dnia 18.04.2002 r. o stanie klęski żywiołowej, Dz.U. z 2017 r., poz. 1897; P. Tuleja, *Pandemia COVID-19 a konstytucyjne stany nadzwyczajne*,

podeprzeć tym, iż skutki niekontrolowanej pandemii bezsprzecznie zagrażają życiu lub zdrowiu dużej liczby osób. Konieczna w takim przypadku pomoc i ochrona ze strony państwa może być zastosowana tylko gdy państwo podejmie nadzwyczajne środki¹⁸. Konieczne jest również współdziałanie organów i służb do tego powołanych¹⁹. Zwalczanie epidemii nie jest możliwe za pomocą zwykłych środków pozostających w dyspozycji władz publicznych przy dokonywaniu ograniczania praw konstytucyjnych w oparciu o wymogi z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Są one niewystarczające dla zwalczania zagrożenia. Bardziej właściwym więc byłoby tu zastosowanie środków działania przewidzianych przez ustawodawcę w art. 228 Konstytucji. Zawierają one szczególne rozwiązania prawne potrzebne w sytuacjach „szczególnych zagrożeń”. Chodzi przede wszystkim o szybszą możliwość reagowania władzy wykonawczej, jak i możliwość wprowadzania szczególnego rodzaju ograniczeń praw konstytucyjnych. Aby zapobiec skutkom pandemii, konieczne jest wprowadzanie ograniczeń dalej idących niż przewidziane w art. 31 ust. 3 Konstytucji, co oznacza, że zwykłe środki nie będą w tym wypadku wystarczające²⁰. Odpowiedź na pytanie, czy zwykłe środki konstytucyjne są wystarczające, będzie taka sama jak na pytanie, czy sytuacja szczególnego zagrożenia, jaką jest epidemia COVID-19, uzasadnia wprowadzenie ograniczeń praw i wolności z pominięciem wymogów opisanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Takie zawieszenie praw byłoby możliwe podczas stanu nadzwyczajnego, „gdy możliwe staje się zawieszenie korzystania przez obywateli z niektórych praw i wolności oraz odstąpienie przez władze publiczne od konieczności wyboru ograniczeń najmniej dolegliwych w celu wprowadzenia ograniczeń najbardziej skutecznych, odpowiednich do stopnia zagrożenia i zmierzających do jak najszybszego przywrócenia normalnego funkcjonowania państwa”²¹.

Można byłoby również uznać za legalne wprowadzenie ograniczeń wolności i praw zgodnie z art. 31 ust. 1, korzystając z możliwości zmiany ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi²²,

„Palestra” 2020, nr 9, s. 8; M. Florczak-Wątor, *Niekonstytucyjność ograniczeń praw i wolności jednostki wprowadzonych w związku z epidemią COVID-19 jako przesłanka odpowiedzialności odszkodowawczej państwa*, „Państwo i Prawo” 2020, nr 12, s. 7.

¹⁸ Por. K. Complak, *op. cit.*, art. 228.

¹⁹ Tak również M. Florczak-Wątor, *op. cit.*, s. 7.

²⁰ Tak P. Tuleja, *Pandemia COVID-19...*, s. 8.

²¹ M. Florczak-Wątor, *op. cit.*, s. 7.

²² Dz.U. z 2020 r., poz. 1845.

przez doprecyzowanie jej przepisów lub poprzez wprowadzenie stanu epidemii nie za pomocą rozporządzenia jak to miało miejsce²³, tylko aktem ustawowym²⁴.

W Polsce od początku pandemii władze publiczne wprowadzały ograniczenia związane ze zwalczaniem oraz zapobieganiem choroby COVID-19, jednak czyniły to, stosując głównie formę rozporządzeń. Zgodnie z Konstytucją rozporządzenia są wydawane przez organy wskazane w Konstytucji, na podstawie szczegółowego upoważnienia zawartego w ustawie i w celu jej wykonania. Upoważnienie powinno określać organ właściwy do wydania rozporządzenia i zakres spraw przekazanych do uregulowania oraz wytyczne dotyczące treści aktu²⁵. W okresie pandemii COVID-19 organy władzy wykonawczej korzystały z rozporządzeń jako formy wprowadzania zmian. Postępując w ten sposób, przyczyniły się do poważnego osłabienia zasady wyłączności ustawy oraz zakwestionowały konstytucyjną hierarchę źródeł prawa z trzeciego rozdziału Konstytucji. Rozporządzenia zostały wprowadzane na podstawie art. 46 i art. 46a wspomnianej ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi. Przepisy te zawierają bardzo nieprecyzyjnie określoną delegację ustawową. Na jej podstawie Minister ds. Zdrowia oraz Rada Ministrów wydali szereg rozporządzeń ograniczających prawa konstytucyjne. W ten sposób obeszli oni wymóg ograniczania praw konstytucyjnych w formie ustawy oraz dokonywania ograniczeń wolności i praw w oparciu o zasadę proporcjonalności i w sposób nienaruszający ich istoty²⁶.

Działanie rządu w tym zakresie można określić jako podejmowane z naruszeniem prawa. Rozporządzenie bowiem nie może regulować spraw związanych z ograniczeniem wolności i praw obywatelskich, jak to się stało w praktyce. Rada Ministrów w związku z COVID-19 wydała łącznie 84, a Minister Zdrowia 5 rozporządzeń ograniczających wolności i prawa obywatelskie. Takie działania powodują ogromny chaos prawny, jak i dewaluację samego prawa oraz zasad państwa prawa.

Poniżej zostało przedstawionych kilka przykładów nakazów, zakazów, a także warunków, które zostały wprowadzone rozporządzeniami.

²³ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 13 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego, Dz.U. z 2020 r., poz. 433.

²⁴ Takie rozwiązanie prawne zostało zastosowane np. w Niemczech. Zob. Art. 1 nr 4 ustawy z dnia 27 marca 2020 r., Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, BGBI. I S. 587.

²⁵ Art. 92 ust. 1 Kon.; por. K. Spryszak, *Upoważnienie do wydania rozporządzenia – model konstytucyjny i jego interpretacje*, „Przegląd Prawa Publicznego“ 2019, nr 10, s. 47-60.

²⁶ P. Tuleja, [w:] P. Czarny, M. Florczak-Wątor, B. Naleziński, P. Radziejewicz, P. Tuleja, *Konstytucja...*, art. 31; P. Tuleja, *Pandemia COVID-19...*, s. 17.

Tabela 1. Przykładowe ograniczenia wolności i praw konstytucyjnych wprowadzone rozporządzeniami

Nakaz zasłaniania ust i nosa w przestrzeniach zamkniętych	Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 25 lutego 2022 r. w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii (Dz.U. poz. 473)
Zachowanie minimum 1,5 metra odległości między pieszymi Warunkiem skorzystania z sanatorium, uzdrowiska czy ośrodka rehabilitacyjnego jest negatywny test przeciwko COVID -19 lub zaszczepienie się Obowiązkowa kwarantanna i obowiązkowa izolacja	Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 10 lutego 2022 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie chorób zakaźnych powodujących powstanie obowiązku hospitalizacji, izolacji lub izolacji w warunkach domowych oraz obowiązku kwarantanny lub nadzoru epidemiologicznego (Dz.U. poz. 354)
Obowiązek poddania się kwarantannie	Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 10 kwietnia 2020 r. w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii (Dz.U. z 2020 r. poz.658)
Ograniczenie określonego sposobu przemieszczania się	Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 31 marca 2020 r. w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii (Dz.U. z 2020 r. poz. 566)

3. Zmiany prawa w Polsce przy zwalczaniu pandemii w orzecznictwie sądów

Wobec opisanego powyżej stanu prawnego kontrola legalności wprowadzonych ograniczeń wolności i praw obywatelskich będzie należała do organów sądownictwa. W ostatnim czasie toczyły się liczne postępowania w sądach powszechnych na terenie całego kraju, od których została złożona przez Rzecznika Praw Obywatelskich (RPO) kasacja do Sądu Najwyższego (SN). Sąd Najwyższy, wydając szereg podobnych wyroków uznających przepisy ograniczające wolności i prawa obywatelskie za nieprawidłowo wprowadzone do systemu prawa i niekonstytucyjnie ustanowione, ukształtował linię orzeczniczą w tym zakresie²⁷. W kolejnej części artykułu zostanie przeanalizowany jeden z nich.

3.1. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 marca 2021 r.

²⁷ Wyrok SN z dnia 8 kwietnia 2021 r., II KK 96/21, LEX nr 3220091; wyrok SN z dnia 16 marca 2021 r., II KK 74/21, OSNK 2021, nr 4, poz. 19; wyrok SN z dnia 27 maja 2021 r., II KK 65/21, LEX nr 3316882; wyrok SN z dnia 16 marca 2021 r., II KK 64/21, OSNK 2021, nr 4, poz. 18.; wyrok SN z 16 marca 2021 r., II KK 97/21, LEX nr 3147689.

Sygn. akt II KK 66/21²⁸

Sąd Rejonowy w R. prawomocnym wyrokiem (w trybie nakazowym) z dnia 8 lipca 2020 r.²⁹ uznał Pana C. winnym popełnienia zarzuconego mu wykroczenia z art. 54 k.w.³⁰ w zw. z § 5 i § 18 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Rady Ministrów³¹, wymierzając mu karę 300 zł grzywny. Zdaniem Sądu Rejonowego Pan C. w dniu 19 kwietnia 2020 r. naruszył zakaz przemieszczania się w czasie epidemii bez niezbędnej potrzeby oraz nie zastosował się do obowiązku zakrywania ust i nosa.

Od powyższego wyroku Rzecznik Praw Obywatelskich wniósł kasację, zaskarżając wyrok w całości na korzyść obwinionego. RPO sformułował zarzut „rażącego i mającego istotny wpływ na jego treść naruszenia prawa materialnego”³², tj. art. 54 k.w. w zw. z § 5 i § 18 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 19 kwietnia 2020 r. w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii³³ poprzez niewłaściwe jego zastosowanie w sytuacji, gdy czyn przypisany Panu C. nie wyczerpywał znamion tego wykroczenia. RPO powołał się w kasacji na fakt, że art. 54 k.w. ma charakter blankietowy, czyli odsyłający do innych norm prawnych. W przepisie tym jednak chodzi o normy porządkowe dotyczące zachowania się w miejscach publicznych. Przepis ten nie będzie miał więc zastosowania w innych sferach życia, np. jak to miało miejsce w tym wypadku do ochrony zdrowia publicznego³⁴. Dodatkowo w Rozporządzeniu Rady Ministrów zakazano przemieszczania się na terytorium RP, ze wskazaniem wyjątków, jednak rozporządzenie za powyższe naruszenie nie przewidywał żadnych sankcji. Zgodnie art. 1 § 1 k.w. odpowiedzialności za wykroczenie podlega ten tylko, kto popełnia czyn społecznie szkodliwy, zabroniony przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia pod groźbą kary. Prócz tego podtrzymany Rozporządzeniem z dnia 19 kwietnia 2020 r. zakaz przemieszczania się osób na terenie Rzeczypospolitej Polskiej wkraczał w sposób oczywisty w materię konstytucyjnej wolności określonej w art. 52 ust. 1 Konstytucji RP, z której wynika, że każdemu zapewnia się wolność poruszania się po terytorium

²⁸ Zob. pod https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/Wyrok_SN_24.03.2021.pdf [dostęp: 1.04.2022].

²⁹ Sygn. akt III W 228/20.

³⁰ Ustawa z dnia 20 maja 1971 r., Kodeks wykroczeń, Dz.U. z 2021 r., poz. 2008 z późn. zm.

³¹ Zob. § 5, § 18 ust. 1 pkt 2, Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 19 kwietnia 2020 r. w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii, Dz.U. z 2020 r., poz. 697 z późn. zm.

³² Wyrok SN z dnia 24 marca 2021 r., II KK 66/21, niepubl., uzasadnienie, s. 2, tekst uzasadnienia zobacz pod https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/Wyrok_SN_24.03.2021.pdf [dostęp: 2.04.2022].

³³ Dz.U. z 2020 r., poz. 697.

³⁴ A. Jędrzejczyk, *300 zł za wyjście z domu w kwietniu bez powodu i bez maseczki. Aktualizacja: SN uwzględniła kolejną „kovidową” kasację RPO*, <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/300-zl-za-wyjscie-z-domu-bez-powodu-i-bez-maseczki-kasacja-rpo> [dostęp: 1.04.2022].

Rzeczypospolitej Polskiej. Rzecznik Praw Obywatelskich wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku nakazowego, a także uniewinnienie Pana C. od popełnienia przypisanego mu wykroczenia.

Sąd Najwyższy uznał kasację Rzecznika Praw Obywatelskich jako zasadną. Zdaniem SN Rzecznik Praw Obywatelskich słusznie zauważył niedopuszczalność wypełnienia normy blankietowej z art. 54 k.w. treścią zawartą w przepisie rangi pod ustawowej, czyli treścią § 5 Rozporządzenia Rady Ministrów. Stwierdził ponadto, iż ustawa o zapobieganiu oraz zwalczaniu chorób zakaźnych u ludzi³⁵ nie zawiera umocowań określających możliwość i warunki ograniczenia konstytucyjnej wolności poruszania się po terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zatem akty prawne rangi niższej niż ustawa nie mogą limitować tej wolności przemieszczania się, którą gwarantuje art. 52 ust. 1 Konstytucji RP. Kontynuując tę argumentację, również Rozporządzenie Rady Ministrów z 19 kwietnia 2020 r. w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii, w przepisach ograniczających wolność przemieszczania się obywateli na terenie całego kraju³⁶ (§ 5) naruszyło regulacje art. 51 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 1 i 3 Konstytucji RP. Innymi słowy rozporządzenie nie może być podstawą prawną do wypełnienia blankietu normy sankcjonowanej art. 54 k.w. i w konsekwencji prowadzić do ukarania na podstawie tego przepisu.

Sąd Najwyższy w swoim uzasadnieniu wskazał kilka punktów, aby podkreślić wagę omawianej tematyki i naruszenia prawa, którego dopuścili się sądy powszechne, wydając zaskarżone orzeczenia, wynikiem których było skazanie obywateli, choć popełniony przez nich czyn nie zawierał znamion czynu zabronionego. I tak:

- Sąd Najwyższy stwierdził, że ustawodawca nie może przekazywać do unormowania w drodze rozporządzenia spraw o istotnym znaczeniu dla urzeczywistnienia wolności i praw człowieka i obywatela zagwarantowanych w Konstytucji RP. Tego typu sprawy muszą być zdaniem SN regulowane ustawowo³⁷.
- Ustawa z 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi nie określiła możliwości ograniczania swobody poruszania się po terenie Rzeczypospolitej Polskiej. A więc również nie określiła warunków, na jakich jest możliwe wprowadzenie zakazu poruszania się, zatem art. 54 k.w. w tym zakresie był normą pustą³⁸.

³⁵ Ustawa z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi, Dz.U. z 2021 r., poz. 2069 z późn. zm.

³⁶ § 5 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 19 kwietnia 2020 r. w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii, Dz.U. z 2020 r., poz. 697.

³⁷ Wyrok SN z dnia 24 marca 2021 r., II KK 66/21, niepubl., uzasadnienie, s. 4, tekst uzasadnienia zobacz pod https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/Wyrok_SN_24.03.2021.pdf [dostęp: 2.04.2022].

³⁸ *Ibidem*, s. 4.

- Sąd Najwyższy stwierdził, że przedmiotowe w sprawie rozporządzenie Rady Ministrów nie zawierało w swej treści odesłania do konkretnego przepisu kodeksu wykroczeń, ani nie określało sankcji, co godzi w wymóg określoności prawa³⁹.
- Nadto Sąd Najwyższy wskazuje, że art. 92 ust. 1 Konstytucji RP wyklucza dopuszczalność tworzenia przepisów rozporządzenia wykonawczego wbrew jej treściowym rozwiązaniom. Takie postępowanie prowadziłoby do tworzenia przepisów będących samodzielnymi normami prawnymi⁴⁰.
- Zdaniem Sądu Najwyższego wprowadzenie powszechnych nakazów i zakazów dotyczących podstawowych praw i wolności obywatelskich może nastąpić tylko w przypadku wprowadzenia jednego z trzech stanów nadzwyczajnych przewidzianych konstytucyjnie w art. 228 ust. 1. Zgodnie z art. 228 ust. 3 zasady działania organów władzy publicznej oraz zakres, w jakim mogą zostać ograniczone wolności i prawa człowieka i obywatela w czasie poszczególnych stanów nadzwyczajnych, powinna określać ustawa⁴¹.
- Sąd Najwyższy wskazuje również, że skoro pomimo zaistnienia przesłanek do wprowadzenia stanu klęski żywiołowej nie zdecydowano się na wprowadzenie tego stanu nadzwyczajnego, to ograniczenia ustanawiane aktami prawnymi regulującymi stan epidemii nie mogą ograniczać podstawowych praw i wolności wynikających wprost z Konstytucji RP⁴².

Sąd Najwyższy rozciągnął powyższą wykładnię również w stosunku do wynikającego z § 18 cytowanego rozporządzenia z dnia 19 kwietnia 2020 r. nakazu zakrywania ust i nosa. Także w tym przypadku oparto się na delegacji ustawowej z art. 46b pkt 5 ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi⁴³. Przepis ten nakłada obowiązek poddania się badaniom lekarskim oraz stosowania innych środków profilaktycznych i zabiegów jedynie w stosunku do osób chorych i podejrzanych o zachorowanie. Nie można więc skutecznie, opierając się na nim, wprowadzić ograniczenia konstytucyjnego prawa do wolności z art. 31 Konstytucji RP wobec wszystkich obywateli RP niezależnie od ich stanu zdrowia. Jak to zauważył SN: „zwłaszcza że co do zasady obowiązek noszenia masek itp. ma na celu ochronę przed zachorowaniem”⁴⁴.

³⁹ *Ibidem.*

⁴⁰ *Ibidem.*

⁴¹ *Ibidem*, s. 5.

⁴² *Ibidem.*

⁴³ Dz.U. z 2019 r., poz. 1239 ze zm.

⁴⁴ Wyrok SN z dnia 24 marca 2021 r., II KK 66/21, niepubl., uzasadnienie, s. 5.

4. Podsumowanie

Rada Ministrów nie wprowadziła stanu nadzwyczajnego, ani nie wprowadziła pod obrady sejmu projektu ustawy, który przy zwalczaniu skutków pandemii pozwoliłby podjąć realne działania zwalczające to zjawisko poprzez ograniczenie praw i wolności obywatelskich, ale w sposób zgodny z prawem i przewidziany w Konstytucji. Wprowadzona ustawa z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych⁴⁵ swoim zakresem obejmowała tylko możliwość pracy zdalnej, prawa do otrzymywania zasiłku, możliwość odstępstwa od prawa budowlanego, prawo dokonywania zamówień na towary i usługi konieczne do przeciwdziałania koronawirusowi, prawo określania przez Ministerstwo Zdrowia cen maksymalnych na określone produkty, prawo wystawiania recepty farmaceutycznej, prawo nałożenia na jednostkę samorządu terytorialnego przez premiera określonego obowiązków i prawo do dokonywania przesunięć budżetowych w drodze rozporządzenia Rady Ministrów⁴⁶.

Rada Ministrów i Minister Zdrowia wprowadzili rozporządzeniami regulacje, które w sposób bezprawny ingerowały w prawa i wolności obywatelskie i umożliwiły organom państwa karanie osób naruszających te przepisy na drodze administracyjnej i karnej. Konsekwencją wprowadzenia tych przepisów było stwierdzenie przez sądy bezprawności tych sankcji, a tym samym bezprawności samych ograniczeń zawartych w tym rozporządzeniu, w przypadku prawomocnych wyroków skazujących zaś doprowadziły do wydania przez Sąd Najwyższy prawomocnych wyroków kasujących te orzeczenia. Biorąc pod uwagę powagę zagrożenia, Rada Ministrów powinna była wprowadzić stan nadzwyczajny lub uregulować ograniczenie wolności i praw jednostki ustawowo zgodnie z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Nie czyniąc tego, doprowadziła do powstania sytuacji chaosu prawnego, a wprowadzone rozporządzeniami sankcje pokazały bezskuteczność funkcjonowania prawa. Podane przykłady wskazują jednoznacznie, że ograniczenia wolności i praw jednostki muszą być uchwalone z poszanowaniem konstytucyjnych zasad trybu ustawodawczego. Zasada respektowania ustawy i zasada wyłączności ustawy muszą być respektowane. Kluczowym będzie tu podział treści pomiędzy ustawę a rozporządzenie oraz poszanowanie materialnoprawnych granic ingerencji w prawa człowieka wyznaczonych przez art. 31 ust. 3 oraz pozostałe przepisy rozdziału drugiego Konstytucji. Prawidłowe, gwarantujące efektywną ochronę praw stosowanie wymogów z art. 31 ust. 3 Konstytucji wymaga przestrzegania zasady podziału władzy.

⁴⁵ Dz.U. z 2021 r., poz. 2095 z zm.

⁴⁶ Por. zakres ustawowy ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych, Dz.U. z 2021 r., poz. 2095 ze zm.

Literatura

- Complak K., [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. M. Haczkowska, Warszawa 2014, art. 228.
- Florczak-Wątor M., *Niekonstytucyjność ograniczeń praw i wolności jednostki wprowadzonych w związku z epidemią COVID-19 jako przesłanka odpowiedzialności odszkodowawczej państwa*, „Państwo i Prawo” 2020, nr 12.
- Jędrzejczyk A., *300 zł za wyjście z domu w kwietniu bez powodu i bez maseczki. Aktualizacja: SN uwzględni kolejną „kovidową” kasację RPO*, <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/300-zl-za-wyjscie-z-domu-bez-powodu-i-bez-maseczki-kasacja-rpo>.
- Malinowska I., *Źródła prawa w Konstytucji RP z 1997 roku*, „Przegląd Sejmowy” 2017, nr 6.
- Maroń G., *Polskie prawodawstwo ograniczające wolność religijną w okresie pandemii koronawirusa SARS-CoV-2 a standardy państwa prawa – wybrane zagadnienia*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2021, nr 1.
- Ożóg M., *Zwalczanie chorób zakaźnych w stanie epidemii oraz w stanie klęski żywiołowej a realizacja wolności sumienia i religii w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. i ustawodawstwa*, „Studia z Prawa Wyznaniowego” 2021, t. 24.
- Radajewski M., *Stan zagrożenia epidemicznego oraz stan epidemii jako formy prawne ochrony zdrowia publicznego*, „Przegląd Legislacyjny” 2021, nr 4.
- Radzewicz P., [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, wyd. II, red. P. Tuleja, LEX/el. 2021, art. 228.
- Spryszak K., *Upoważnienie do wydania rozporządzenia – model konstytucyjny i jego interpretacje*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2019, nr 10.
- Śledzińska-Simon A., *Analiza proporcjonalności ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności. Teoria i praktyka*, Wrocław 2019.
- Tuleja P., *Pandemia COVID-19 a konstytucyjne stany nadzwyczajne*, „Palestra” 2020, nr 9.
- Tuleja P., [w:] P. Czarny, M. Florczak-Wątor, B. Naleziński, P. Radzewicz, P. Tuleja, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, wyd. II, LEX/el. 2021, art. 31.
- Walecka K., Wojtas K., *Lockdown demokracji w czasach pandemii COVID-19. Raport*, Konrad Adenauer Stiftung 2020, <https://www.kas.de/pl/web/polen/einzeltitel/-/content/lockdown-demokracji-w-czasach-pandemii-covid-19>.
- Włodarczyk W.C., *Uwagi o pandemii COVID-19 w Polsce. Perspektywa polityki zdrowotnej*, „Zdrowie Publiczne i Zarządzanie” 2020, nr 18(2), <https://www.ejournals.eu/pliki/art/17746/>.

Antoni Napieralski

University of Vienna

ORCID 0000-0002-0576-0733

antoni.napieralski@univie.ac.at

EU Digital COVID Certificate and Data Protection. The Case of Poland and Austria

Keywords: EU Digital COVID Certificate, personal data, GDPR, Poland, Austria

Summary. The EU Digital COVID Certificate was introduced as a technological promise of a smooth exit from the pandemic. At the same time, due to the scope of the data processed, it interacts with the European system of personal data protection law. The EU Digital COVID Certificate is designed to function for two different purposes: to facilitate border crossings during a pandemic and for domestic purposes as defined by the Member States. Given the degree of discretion left to Member States in the implementation of the EU COVID Digital Certificates, a comparative analysis is necessary. The key issue that is visible in both Polish and Austrian implementation of the EU Digital COVID Certificate is the question of determining the controller of the processed personal data. The difficulty of both countries' authorities to determine the controller in decentralised infrastructures of personal data processing is clearly visible here. Specifically, it is problematic to identify the controller in relation to mobile applications that locally store a copy of the EU Digital COVID Certificate and display it on demand.

Unijne cyfrowe zaświadczenie COVID i ochrona danych. Przypadek Polski i Austrii

Słowa kluczowe: unijne cyfrowe zaświadczenie COVID, UCC, dane osobowe, RODO, Polska, Austria

Streszczenie. Unijne cyfrowe zaświadczenie COVID zostało wprowadzone jako technologiczna obietnica sprawnego wyjścia z pandemii. Jednocześnie, ze względu na zakres przetwarzanych danych, wchodzi ono w interakcję z europejskim systemem prawa ochrony danych osobowych. Unijne cyfrowe zaświadczenie COVID przewidziane jest do funkcjonowania w dwóch różnych celach: ułatwienia przekraczania granic w czasie pandemii oraz w celach wewnątrz krajowych, zdefiniowanych przez państwa członkowskie. Biorąc pod uwagę zakres swobody decyzyjnej pozostawionej państwom członkowskim w implementacji unijnych cyfrowych zaświadczeń COVID, niezbędna jest analiza porównawcza. Kluczową kwestią, która została uwidoczniła w zarówno polskiej, jak i austriackiej implementacji unijnego cyfrowego zaświadczenia COVID, jest określenie administratora przetwarzanych danych osobowych. Wyraźnie widoczna jest tu trudność organów obu państw w określeniu administratora w zdecentralizowanych infrastrukturach przetwarzania danych osobowych. Szczególnie problematyczne jest określenie administratora w odniesieniu do aplikacji mobilnych umożliwiających lokalne przechowywanie kopii unijnego cyfrowego zaświadczenia COVID i jej wyświetlanie na żądanie.

1. Introduction

The European Commission in its report on the application of Regulation 2021/953 (hereinafter: EDCC Regulation)¹ states that the EU digital COVID certificate is an example of „guaranteeing data protection and security, maintaining the core value of human-centricity during the digital transition, and remaining open to the world”². Drawing from this assessment, the purpose of the following paper is to analyse the data protection implications of the European Digital COVID Certificate (hereinafter EDCC). In particular, the national implementations of the EDCC in Poland and Austria are analysed.

The comparison of Polish and Austrian implementation is dictated, among other things, by the desire to test the practical aspects of implementing EU legal and technological standards on domestic grounds. Moreover, an interesting aspect of the comparison seems to be the different degree of use of EDCC certificates for domestic purposes (e.g. access control to cultural institutions, catering, service premises, etc.). While Poland has still not decided to impose the domestic use of EDCC certificates, Austria has been using them for a long time, in various configurations (3G, 2.5G, 2G, 2G+)³.

The analysis of national implementations of the EDCC highlights the complex issue of delineating the material scopes of the EDCC Regulation and national legal orders allowing the use of the EDCC for purposes other than crossing borders. Accordingly, the following article distinguishes between cross-border and domestic fields of application of the EDCC (cf. Parts 2 and 3 and 4).

2. EU Digital COVID Certificate (EDCC)

EDCCs are defined as „interoperable certificates containing information about the vaccination, test result or recovery of the holder issued in the context of the

¹ Regulation (EU) 2021/953 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2021 on a framework for the issuance, verification and acceptance of interoperable COVID-19 vaccination, test and recovery certificates (EU Digital COVID Certificate) to facilitate free movement during the COVID-19 pandemic, OJ L 211/1, 2021 (hereinafter: Regulation 2021/953).

² Commission, *Report from the Commission to the European Parliament and the Council pursuant to Article 16(1) of Regulation (EU) 2021/953 of the European Parliament and of the Council on a framework for the issuance, verification and acceptance of interoperable COVID-19 vaccination, test and recovery certificates (EU Digital COVID Certificate) to facilitate free movement during the COVID-19 pandemic*, 18.10.2021, p. 5.

³ See Stadt Wien, *Derzeit gültige Corona-Regeln*, <https://coronavirus.wien.gv.at/oeffentliches-leben/> [access: 30.11.2021].

COVID-19 pandemic”⁴. Due to its personal scope, the EDCC was introduced via two legal acts, as to distinguish between the EU citizens and third-country nationals residing legally in the EU⁵. However, irregular migrants in the EU are excluded from the personal scope of the EDCC.

The EDCC is available in three versions, i.e. as a vaccination, a test result or a recovery certificate⁶. The certificate is available in both paper and electronic versions⁷. The data fields on an EDCC are standardised and can be divided into the following three categories: (i) data on EDCC’s holder’s identity, (ii) data on vaccination / test / SARS-CoV-2 infection and (iii) EDCC’s metadata (np. issuing authority, unique identifier⁸). Using the vaccination certificate as an example, these are:

- a) name: surname(s) and forename(s), in that order;
- b) date of birth;
- c) disease or agent targeted: COVID-19 (SARS-CoV-2 or one of its variants);
- d) COVID-19 vaccine or prophylaxis;
- e) COVID-19 vaccine product name;
- f) COVID-19 vaccine marketing authorisation holder or manufacturer;
- g) number in a series of doses as well as the overall number of doses in the series;
- h) date of vaccination, indicating the date of the latest dose received;
- i) Member State or third country in which the vaccine was administered;
- j) certificate issuer;
- k) unique certificate identifier⁹.

This data is stored in the QR code included in each EDCC certificate. Sample QR codes for each country are available on the GitHub platform together with the corresponding schemes in .json format¹⁰. Analysing the structure of QR codes, one can see the difference between the range of data displayed during the verification of the EDCC certificate and the actual range of data stored in the QR code.

From the perspective of data protection legislation, it should be noted that in the case of EDCC certificates, a special category of personal data is involved, i.e. data

⁴ Art. 2(2) Regulation 2021/953.

⁵ Regulation 2021/953; Regulation (EU) 2021/954 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2021 on a framework for the issuance, verification and acceptance of interoperable COVID-19 vaccination, test and recovery certificates (EU Digital COVID Certificate) with regard to third-country nationals legally staying or residing in the territories of Member States during the COVID-19 pandemic, OJ L 211/24, 2021.

⁶ Art. 3(1) Regulation 2021/953.

⁷ Art. 3(2) Regulation 2021/953.

⁸ Art. 5(2), art. 6(2), art. 7(2) Regulation 2021/953.

⁹ Annex to the Regulation 2021/953.

¹⁰ <https://github.com/eu-digital-green-certificates/dgc-testdata> [access: 30.11.2021].

concerning health¹¹. This implies additional obligations on the controller, such as the need to indicate the legal basis for the processing also from Article 9(2) of the GDPR or the high likelihood of the need for a data protection impact assessment¹².

For personal data processed under the EDCC Regulation and within the scope of its Article 1, a single legal basis for processing within the meaning of the GDPR is defined. Article 1 and Recital 48 of the EDCC Regulation establish the EDCC Regulation itself as the legal basis for processing within the meaning of Article 6(1) (c) and Article 9(2)(g) of the GDPR. Following a literal interpretation of Article 1 and Recital 48 of the EDCC Regulation, it should be assumed that the issue of a legal ground for processing is comprehensively regulated here, covering all stages of the EDCC life cycle and therefore does not require additional legal grounds at national level. According to Article 10(6) of the EDCC Regulation, authorities issuing the EDCC are also the controllers of data processed within the material scope of the EDCC Regulation¹³. The national issuing authorities are responsible for the whole life-cycle of the EDCCs that they issued¹⁴. This includes issuing, verifying, recognising and erasure of the EDCCs.

The EDCC is a time-limited instrument. According to Article 17 of the EDCC Regulation, it shall apply from 1.07.2021 to 30.06.2022. However, it should be underlined that, in accordance with Article 16, the Commission may propose an extension of this period depending on the future epidemiological situation¹⁵. This is an interesting example of linking the scope of a legal act to the current state of scientific knowledge. It is not clear what the procedures are for extinguishing infrastructures created under the EDCC Regulation. According to Article 10(4) of the EDCC Regulation, personal data collected will have to be deleted, but the question of the infrastructure itself remains open¹⁶.

An important element of the EDCC is its interoperability at Union level, allowing cross-border verification of certificates¹⁷. The cross-border use of EDCC, i.e. the

¹¹ See European Data Protection Board-European Data Protection Supervisor, *Joint Opinion 04/2021 on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a framework for the issuance, verification and acceptance of interoperable certificates on vaccination, testing and recovery to facilitate free movement during the COVID-19 pandemic (Digital Green Certificate)*, 31.03.2021, para 34; O.J. Gstrein, *The EU Digital COVID Certificate: A preliminary data protection impact assessment*, "European Journal of Risk Regulation" 2021, vol. 12, iss. 2, p. 10.

¹² Art. 35(3)(b) GDPR.

¹³ Art. 10(6) Regulation 2021/953.

¹⁴ Recital 54 Regulation 2021/953.

¹⁵ Art. 16 Regulation 2021/953.

¹⁶ See O.J. Gstrein, *op. cit.*, p. 9.

¹⁷ See art. 2(7) Regulation 2021/953: "interoperability" means the capability of verifying systems in a Member State to use data encoded by another Member State.

effective verification of EDCC from country A in country B is the main purpose for which EDCC was introduced. In the case of cross-border use of EDCC, the electronic seal authenticating the EDCC in question shall be verified¹⁸. Verification is in two steps, first against the provided public key¹⁹. Then it is checked if the indicated public key is present in the repository of trusted public keys²⁰. Only after verification in this way can the application (locally) read the data contained in the QR code of a specific certificate²¹.

The EDCC infrastructure is developed on the basis of existing EU-level mechanisms of the so-called eHealth network. The eHealth Network was established by Article 14 of Directive 2011/24/EU on the application of patients' rights in cross-border healthcare²². The aim of the eHealth Network is to support technological progress in cross-border healthcare and cross-border research²³. The eHealth Network provides technical support for the EDCC, in particular regarding mutual recognition mechanisms and interoperability of certificates at EU level. The experts of the eHealth Network have developed technical documentation specifying how the EDCC will operate, implicitly also defining the scope and the way in which personal data will be processed²⁴. The following graphic illustrates the cross-border functioning of EDCC certificates:

¹⁸ Art. 2(9) Regulation 2021/953: 'electronic seal' means electronic seal as defined in point (25) of Article 3 of Regulation (EU) No 910/2014.

¹⁹ eHealth Network, *Interoperability of health certificates. Trust framework, V.1.0*, 3.12.2021 r., p. 15.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*.

²² Directive 2011/24/EU of the European Parliament and of the Council of 9 March 2011 on the application of patients' rights in cross-border healthcare, OJ L88, 2011.

²³ Art. 14(2) Directive 2011/24/EU.

²⁴ eHealth Network, *Guidelines on Technical Specifications for Digital Green Certificates. Volume 1, V1.0.5*, 21.04.2021 r.; eHealth Network, *Guidelines on Technical Specifications for Digital Green Certificates. Volume 2 European Digital Green Certificate Gateway, V1.3*, 21.04.2021 r.; eHealth Network, *Guidelines on Technical Specifications for Digital Green Certificates. Volume 3 Interoperable 2D Code, V1.3*, 21.04.2021 r.; eHealth Network, *Guidelines on Technical Specifications for Digital Green Certificates. Volume 4 European Digital Green Certificate Applications, V1.3*, 21.04.2021 r.; eHealth Network, *DCC Anomaly Capture Process for COVID Certificate Data. Best current practice, V1.01*, 15.09.2021 r.; eHealth Network, *Guidelines on Value Sets for EU Digital COVID Certificates, V1.4*, 13.10.2021 r.; eHealth Network, *Interoperability of health certificates. Trust framework, V.1.0...*; eHealth Network, *Guidelines on Technical Specifications for Digital Green Certificates. Volume 5 Public Key Certificate Governance, V1.02*, 5.12.2021.

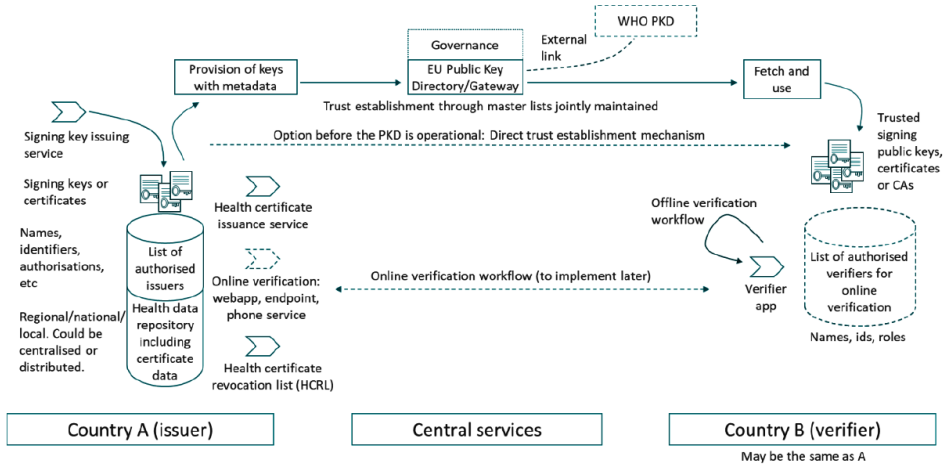


Figure 1. Overall architecture of the system

- first version of the trust framework specifications
- future version of the trust framework specifications

Source: eHealth Network, *Interoperability of health certificates. Trust framework, V.1.0.*²⁵

As can be seen in the graphic above, the only element of the EDCC certificate that is subject to international exchange is the public key. This is done via a central gateway operating under the auspices of the European Commission (EU Public Key Directory/Gateway). Personal data contained in the EDCC certificate are not exchanged between countries²⁶. Therefore, the issues of the legal basis for the processing of personal data or of the controller defined in the EDCC Regulation only apply when the EDCC is used for the purpose specified in Article 1 of the EDCC Regulation. The first, defined by the EDCC Regulation and at the same time setting its limits, is to facilitate the exercise of the right to free movement within the EU during the COVID-19 pandemic²⁷. For applications outside this material scope, the question of the legal basis of the processing and the liability for the data processed remains open.

A second field of application of the EDCC, outside the material scope of the EDCC Regulation, is national applications not related to the right of free move-

²⁵ eHealth Network, *Interoperability of health certificates. Trust framework, V.1.0...*, p. 8.

²⁶ Art. 1 Regulation 2021/953.

²⁷ *Ibidem*: This Regulation lays down a framework for the issuance, verification and acceptance of interoperable COVID-19 vaccination, test and recovery certificates (EU Digital COVID Certificate) for the purpose of facilitating the holders' exercise of their right to free movement during the COVID-19 pandemic. This Regulation shall also contribute to facilitating the gradual lifting of restrictions to free movement put in place by the Member States, in accordance with Union law, to limit the spread of SARS-CoV-2, in a coordinated manner.

ment²⁸. These include, for example, national restrictions on admission to cultural institutions and on the use of service and catering outlets. The determination of the objectives for the national application of the EDCC remains solely within the competence of the Member States²⁹.

Neither Poland nor Austria have chosen to set up separate infrastructures for the two possible fields of application of EDCCs, i.e. cross-border use and domestic use. Such a decision would contradict Recital 49 of the EDCC Regulation, which requires that where a domestic system is established, the foreign EDCCs should be recognised without the need for a parallel domestic EDCC³⁰.

This is an example of an interesting method of regulation, i.e. regulation outside the material scope by means of a forced shape of the data processing infrastructure³¹. This method can be briefly described as follows. EU legislation sets up infrastructures to handle tasks that fall within its scope. In the case of the EDCC, this is the cross-border aspect of the EDCC enabling the freedom of movement of persons in the era of the COVID-19 pandemic³². At the same time, so-called domestic opening-clauses allow Member States to use the same infrastructure for national purposes outside the material scope of the EDCC Regulation and even beyond the scope of EU law. The final step of this regulatory method is the requirement in the EDCC Regulation that national infrastructure must be capable of handling foreign EDCCs, without the need for parallel national certificates.

In this way, the shape of the key elements of the national infrastructure serving national EDCC application fields is determined by EU legislation. We are mainly talking about the shape of the certificate itself, the categories of data processed, the verification method and the data storage model. Furthermore, the EDCC Regulation defines the qualitative requirements that national legislation has to meet. According to Recital 48 of the EDCC Regulation, national legislation must: (i) comply with EU data protection law, (ii) comply with the principles of effectiveness, necessity and proportionality, (iii) clearly define the scope of the processing, the specific purpose and the categories of entities that can verify the certificate, (iv) include adequate safeguards against abuse and discrimination,

²⁸ Recital 48 Regulation 2021/953.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Recital 49 Regulation 2021/953: Where a Member State has adopted or adopts, on the basis of national law, a system of COVID-19 certificates for domestic purposes, it should ensure for the period of application of this Regulation that certificates making up the EU Digital COVID Certificate can also be used and are also accepted for domestic purposes, in order to avoid that persons travelling to another Member State and using the EU Digital COVID Certificate are obliged to obtain an additional national COVID-19 certificate.

³¹ See T. Streinz, *The Evolution of European Data Law*, [in:] P. Craig, G. de Búrca (eds.), *The Evolution of EU Law*, OUP 2021, p. 48.

³² Art. 1 Regulation 2021/953.

(v) if the EDCC applies to non-medical purposes then personal data processed during the verification of the certificate must not be retained³³.

When analysing national implementations of EDCC, the following elements of the national infrastructure can be distinguished:

- a national ICT system that issues EDCCs based on national registers of vaccinations, tests or recoveries (Polish P1 or Austrian EPI-Service)³⁴,
- national applications that store a copy of the EDCC and display it on request (e.g. the Polish IKP, mojeIKP, mObywatel or the Austrian Grüner Pass App)³⁵,
- national mobile applications for EDCC verification (Polish Skaner Certyfikatów COVID or Austrian GreenCheck)³⁶.

In addition, the role of national systems acting as a source of data on the basis of which the EDCC is issued should be emphasized, e.g. national vaccination registers.

The following analysis of the Austrian and Polish implementation is carried out taking into account the division into the above mentioned elements.

3. Austrian implementation of the EDCC

The Austrian implementation of EDCC, like the Polish one (cf. section 4 below), consists of three main components: the EPI-Service platform acting as issuer of EDCC certificates, the Grüner Pass mobile application storing and displaying a local copy of EDCC on demand, and the GreenCheck mobile application for verification of EDCC certificates.

National data sources are laboratories (for tests), the EMS system supported by a national patient index (for recoveries)³⁷ and the Impfregister (for vaccinations)³⁸. All this information flows into the EPI-Service platform, which generates the EDCC certificates in accordance with the requirements defined in the EDCC Regulation³⁹. The certificates are then available both electronically via the elec-

³³ Recital 48 Regulation 2021/953.

³⁴ Art. 7(1) ustawy z dnia 28 kwietnia 2011 r. o systemie informacji w ochronie zdrowia (Dz.U. z 2011 r., Nr 113, poz. 657); §4b (3) Epidemiegesetz 1950 (EpiG) StF: BGBl. Nr. 186/1950.

³⁵ <https://pacjent.gov.pl>; <https://www.gov.pl/web/mobywatel>; <https://gruenerpass.gv.at/> [access: 30.11.2021].

³⁶ <https://pacjent.gov.pl/aktualnosc/sprawdz-unijny-certyfikat-covid>; <https://greencheck.gv.at/> [access: 30.11.2021].

³⁷ The EMS (Epidemiologische Meldesystem) is a register of notifiable communicable diseases shared by district administrative authorities (Bezirksverwaltungsbehörden), regional health directorates (Landessanitätsdirektionen), the Federal Minister of Health and the Austrian Agency for Health and Food Safety (AGES); see § 4 EpiG.

³⁸ <https://www.gesundheit.gv.at/service/gruener-pass/datenschutzinformation> [access: 30.11.2021].

³⁹ § 4b EpiG; <https://www.gesundheit.gv.at/service/gruener-pass/datenschutzinformation> [access: 30.11.2021].

tronic vaccination register (e-Impfpass, available via ELGA)⁴⁰, as well as in paper format. The electronic version of the EDCC certificate is available for download on the Grüner Pass mobile app.

An element of the Austrian implementation of the EDCC that should be assessed critically is the definition of roles in the sense of the GDPR, i.e. in particular the designation of controllers for the individual components of the implementation. The effect achieved is at least unclear for data subjects. Suffice it to say that the data protection impact assessment conducted for the Austrian implementation does not identify any controller⁴¹.

The controller of the data processed for the issuance and provision of EDCC certificates within the EPI-Service is the Federal Minister of Health⁴². As far as the transmission of test results and information on vaccinations administered to the EPI-Service platform (national data sources) is concerned, there is a co-administration relationship between the Federal Minister of Health and (respectively) laboratories or vaccination centres⁴³.

National legislation has identified a number of entities that are authorised to download EDCC certificates from the EPI-Service platform in order to make them directly available to EDCC holders⁴⁴. Importantly, all of these entities have been identified as parallel controllers (not joint controllers) to the extent that they have access to download data from the EPI-Service. These are the provincial premiers (Landeshauptleute), municipalities (Gemeinden), district administrative bodies (Bezirksverwaltungsbehörden), the ombudsman offices of the ELGA system (ELGA-Ombudsstelle), the customer service centres of the Austrian health insurance fund (Kundenservicestellen der Österreichischen Gesundheitskasse) and doctors and physicians in private practice (niedergelassene Ärztinnen und Ärzte)⁴⁵. Considering the number of entities involved as controllers, one can see the absurdity of such a model of responsibility for the processed data. There is a tendency to label every user of the system as controller.

With regard to the Grüner Pass mobile app, no controller is indicated, either in the legislation or in the privacy policy of the app itself. The provider of the app is the Federal Ministry of Health and the Federal Centre for Computing

⁴⁰ <https://www.elga.gv.at/e-impfpass/e-impfpass/> [access: 30.11.2021].

⁴¹ *Datenschutz-Folgenabschätzung zum Grünen Pass und zum EPI-Service*, <https://www.gesundheit.gv.at/service/gruener-pass/datenschutz-folgenabschaetzung> [access: 30.11.2021].

⁴² § 4b(3) EpiG.

⁴³ § 4c(3) EpiG; § 24c(3a) Bundesgesetz betreffend Datensicherheitsmaßnahmen bei der Verarbeitung elektronischer Gesundheitsdaten und genetischer Daten (Gesundheits telematikgesetz 2012 – GTeIG 2012) StF: BGBl. I Nr. 111/2012.

⁴⁴ § 4b EpiG.

⁴⁵ *Ibidem*.

(Bundesrechenzentrum, BRZ)⁴⁶. Despite this, the privacy policy, dispensing with the identity of the controller in silence, indicates instead that both the Minister and BRZ are not data controllers (sic!)⁴⁷. The designation of non-controllers is not a practice prescribed by law and should be criticised.

According to the documentation, the argument for refusing to name the controller of the Grüner Pass mobile app is that, as personal data is stored locally on the EDCC holder's smartphone, neither BRZ nor the Federal Minister of Health processes personal data⁴⁸. This argument is not convincing under the definition of controller in the GDPR. According to Article 4(7) GDPR, the controller's role may derive either from a provision of law (EU or national) or from a *de facto* power to define the purposes and means of the processing of specific personal data⁴⁹. This definition leads to two conclusions relevant to the Grüner Pass application.

First, the GDPR provisions do not provide for the possibility to negatively define a controller, i.e. to determine who is not a controller. This type of definition cannot have legal effects and remains unaffected by the actual assignment of the controller role. Second, in the absence of a statutory attribution of the role of controller, the only rule that remains available is the rule on the power to define the purposes and means of processing certain personal data⁵⁰.

Following this line of reasoning, it can be seen that although the data are stored locally on the EDCC holder's device, both the purpose of their processing (verification of EDCC status and verification of the authenticity of the EDCC certificate) and the means of their processing (specification and functionalities of the mobile application) remain under the control of state authorities. The tendency, evident in the privacy policy of the Grüner Pass application, to place the sole responsibility for the processing of personal data on the data subject, i.e. the EDCC holder, is close to the concept of circumvention of the law⁵¹. This is particularly evident in the case of liability for data breaches resulting from security gaps in the application and/or lack of adequate security updates. The design of application security features remains under the direct control of application developers and providers and beyond the control of the average user. In this situation, it is impossible to

⁴⁶ Para 5.1, <https://gruenerpass.gv.at/app/datenschutz/> [access: 30.11.2021].

⁴⁷ Para 8, <https://gruenerpass.gv.at/app/datenschutz/> [access: 30.11.2021].

⁴⁸ Para 8, <https://gruenerpass.gv.at/app/datenschutz/> [access: 30.11.2021].

⁴⁹ Art. 4(7) GDPR: 'controller' means the natural or legal person, public authority, agency or other body which, alone or jointly with others, determines the purposes and means of the processing of personal data; where the purposes and means of such processing are determined by Union or Member State law, the controller or the specific criteria for its nomination may be provided for by Union or Member State law.

⁵⁰ Art. 4(7) GDPR.

⁵¹ Para 8, <https://gruenerpass.gv.at/app/datenschutz/> [access: 30.11.2021]: Die Anbieter haben keinerlei Kontrolle darüber, für welche Zwecke der Nutzer seine eigenen, in der App gespeicherten Daten verwenden wird.

exclude the application provider's liability under the GDPR solely based on the argument of a decentralised data storage model.

As a side note, one should ask why, despite disavowing the role of a controller, the federal minister responsible for health felt obliged to prepare a privacy policy for the Grüner App, thus fulfilling the controller's obligation under Article 13/14 GDPR.

Two categories of personal data have been defined for the GreenCheck application for the verification of EDCC certificates, for which two groups of different controllers have been assigned. First, data read from the QR code contained in the EDCC certificate to verify its authenticity and the identity of the holder⁵². The privacy policy is limited to indicating the data displayed on the screen of the verifying device, i.e. the name, surname and date of birth of the EDCC holder and feedback on the validity of the EDCC certificate itself (valid/invalid/verification error). Other data contained in the QR code of the EDCC certificate that can be read at the same time are omitted.

The provider of the GreenCheck application, IT-Services der Sozialversicherung GmbH (ITSV, IT subcontractor of the public social security sector), has prepared a blank privacy policy allowing each person verifying EDCC with the GreenCheck application to be entered as the controller of the data processed⁵³. As in the case of the Grüner Pass app, there is a clear trend to exclude the liability of public institutions (app providers) under the GDPR. This is a contradictory constellation, according to which the controller is each user of the GreenCheck application (verifier, e.g. restaurant, cinema, theatre), at the same time processing personal data on the basis of the legal basis imposed by the application provider (Article 6(1) (c) and Article 9(2)(i) GDPR) and with the help of tools on the shape of which it has no influence.

As an aside, it is important to emphasise the rather broad spectrum of possible complications associated with the use of private devices by employees of restaurants, cinemas or theatres to verify EDCC certificates using GreenCheck. In such a situation, the possible distribution of liability under THE GDPR becomes even more complicated.

Secondly, telemetry data generated during the update of the list of trusted public keys – the GreenCheck application requires an update at least every 48 hours in order to function properly⁵⁴. Due to the verification method (offline, the list of trusted public keys is stored on the verification device) a regular update of the list

⁵² <https://www.itsv.at/cdscontent/load?contentid=10008.748781&version=1623920316> [access: 30.11.2021].

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ <https://www.itsv.at/cdscontent/load?contentid=10008.751477> [access: 30.11.2021].

of trusted public keys is necessary. The telemetry data indicated above includes: the IP address of the device sending the request to update the list of keys, the time of the update, and the data of the device (including the operating system and its version)⁵⁵. With regard to the processing of this category of data, the designated controller is the Federal Minister responsible for health⁵⁶. Article 6(1)(f) of the GDPR was indicated as the legal basis for the processing⁵⁷.

Unlike Poland, Austria decided to carry out a data protection impact assessment for the national implementation of the EDCC as required by the GDPR⁵⁸. Such an obligation arises from Article 35(3)(b) of the GDPR. However, the GreenCheck application was excluded from the Austrian assessment. The assessment identified three categories of risks:

- intangible damage, breach of professional secrecy, discrimination through knowledge or other unauthorised processing of personal data by third parties (risk 1),
- identity theft (risk 2),
- unauthorised undermining of pseudonymisation (risk 3)⁵⁹.

These risks were assessed as low (risk 2) and medium (risks 1 and 3)⁶⁰.

4. Polish implementation of the EDCC

In Poland, EDCCs are issued in a centralized manner using the Electronic Platform for Collection, Analysis and Sharing of Digital Medical Records (e-health system, P1)⁶¹. One of the modules of the P1 system is used for centralised issuing of EDCC certificates in Poland, both in the form of certificates of vaccination and certificates of negative test and recovery⁶². In the context of the Polish implementation of EDCC, the P1 system has a dual function. In addition to issuing EDCC certificates, the P1 system is also a national data source for vaccination certificates.

For the purposes of test and recovery certification, the EWP (Entry to Poland Record) system is the national data source. The EWP functions on the basis of ref-

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ *Datenschutz-Folgenabschätzung zum Grünen Pass und zum EPI-Service*, <https://www.gesundheit.gv.at/service/gruener-pass/datenschutz-folgenabschaetzung> [access: 30.11.2021].

⁵⁹ *Ibidem*, p. 24.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 25.

⁶¹ See art. 7(1) ustawy z dnia 28 kwietnia 2011 r. o systemie informacji w ochronie zdrowia (Dz.U. z 2011 r., Nr 113, poz. 657).

⁶² See <https://www.gov.pl/web/mobywatel/unijny-certyfikat-covid> [access: 30.11.2021].

erences in sub-legislative acts⁶³. The role of the EWP is (inter alia) to process data on imposed quarantine, isolation, testing for SARS-CoV-2, and persons infected with SARS-CoV-2, including those who died due to infection⁶⁴. According to the Chief Sanitary Inspector, recovery status is generated from the EWP for any person who “has a positive PCR test result entered in the EWP for which 11 days have already passed since the result was obtained, but 180 days have not passed”⁶⁵.

Electronic access to issued EDCC certificates is possible via the IKP application as a module of the P1 system⁶⁶. Via the IKP web application the EDCC certificate can be downloaded to the phone and displayed on demand in the mojeIKP application or in the mObywatel application⁶⁷. Verification of the authenticity of the EDCC is carried out using a dedicated application Skaner Certyfikatów COVID⁶⁸.

The Polish implementation of the EDCC does not distinguish between data processing resulting directly from the EDCC Regulation (cross-border applications) and from national provisions (domestic applications). In particular, there is no such distinction in the privacy policies of the individual components of the Polish implementation. Therefore, it should be assumed that the indicated legal basis of processing, the scope of processed data and data controllers refer to domestic, not cross-border applications.

For all components of the Polish implementation of the EDCC, a single controller was identified, i.e. the Minister of Health⁶⁹. This solution is consistent with the letter of the EDCC Regulation, which places the role of controller on the authorities and bodies responsible for issuing EDCC certificates⁷⁰.

Unlike Austria, Poland has chosen to treat the mobile application as an “extension” of the national system issuing EDCC certificates. At the level of privacy policies, there is no distinction between the components of the P1 system responsible for issuing EDCCs and the mojeIKP mobile application used to store a local copy

⁶³ § 2(3)(1) Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii, [in:] Dz.U. z 2020 r. poz. 491; § 2 ust. 4 pkt 1 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 6 maja 2021 r. w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii, [in:] Dz.U. z 2021 r. poz. 861.

⁶⁴ § 2(5) Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 6 maja 2021 r. w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii.

⁶⁵ <https://www.gov.pl/web/pse-lodz/informacje-o-generowaniu-certyfikatu-ucc> [access: 30.11.2021].

⁶⁶ Art. 7a ustawy z dnia 28 kwietnia 2011 r. o systemie informacji w ochronie zdrowia (Dz.U. z 2011 r., Nr 113, poz. 657); see <https://pacjent.gov.pl/polityka-prywatnosci> [access: 30.11.2021].

⁶⁷ <https://pacjent.gov.pl/>; <https://play.google.com/store/apps/details?id=pl.gov.cez.mojeikp>; <https://play.google.com/store/apps/details?id=pl.nask.mobywatel&hl=pl&gl=US> [access: 30.11.2021].

⁶⁸ <https://play.google.com/store/apps/details?id=pl.gov.cez.sws&hl=pl&gl=US&showAllReviews=true> [access: 30.11.2021].

⁶⁹ <https://pacjent.gov.pl/polityka-prywatnosci>; <https://ezdrowie.gov.pl/portal/home/polityka-prywatnosci-ucc>; brak jednoznacznego wskazania w ustawie z dnia 28 kwietnia 2011 r. o systemie informacji w ochronie zdrowia (Dz.U. z 2011 r., Nr 113, poz. 657) [access: 30.11.2021].

⁷⁰ Art. 10 ust. 6 Regulation 2021/953.

of the EDCC on the EDCC holder's device⁷¹. Similarly, there is no distinction in terms of controllers and legal basis of processing between the P1 system and the mojeIKP mobile application. In both cases, the controller is the Minister of Health and the legal basis for processing is Article 9(2)(h) GDPR in conjunction with the act of 28 April 2011 on the healthcare information system⁷².

Analysing the mojeIKP application, it can be seen that, in contrast to Austrian institutions (cf. part 3. above), the Minister of Health was not afraid to take responsibility for data processed in a decentralised model, i.e. on EDCC holders' devices. This decision should be viewed positively as being in line with the definition of controller set out in Article 4(7) of the GDPR, i.e. an entity with the authority to determine the purposes and means of processing certain personal data.

The solution of the controller problem in the case of the mObywatel application, which also enables local storage of the EDCC certificate, should be assessed critically. In principle, the controller of the data processed in the mObywatel application is the minister competent for digitisation⁷³. However, the privacy policy of the mObywatel application indicates that the controller of the data downloaded from the P1 system for the purpose of operating the EDCC and processed in the mObywatel application is (still) the Minister of Health⁷⁴.

The demarcation of responsibilities between the minister responsible for digitalisation and the Minister of Health is unclear in this case. Considering the exclusive control exercised by the minister responsible for digitisation over the infrastructure (the shape of the mObywatel application, IT security mechanisms used), it is reasonable to ask whether this is not an example of data co-management⁷⁵. The relationship of co-management may occur in this case between the Minister responsible for digitization who determines the way of data processing (i.e. the shape and parameters of the mObywatel application) and the Minister of Health (the EDCC data provider). Otherwise, in the case of e.g. a data protection breach, the demarcation of responsibility will remain unclear, to say the least.

In accordance with the privacy policy of the P1 system, the legal basis for the processing of personal data for EDCC purposes is the act of 28 April 2011 on the healthcare information system, in conjunction with Article 9(2)(h) of the GDPR⁷⁶.

⁷¹ <https://pacjent.gov.pl/polityka-prywatnosci> [access: 30.11.2021].

⁷² *Ibidem*; ustawa z dnia 28 kwietnia 2011 r. o systemie informacji w ochronie zdrowia (Dz.U. z 2011 r., Nr 113, poz. 657).

⁷³ <https://www.gov.pl/web/mobywatel/polityka-prywatnosci-aplikacji-mobywatel> [access: 30.11.2021].

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ See art. 26 GDPR.

⁷⁶ <https://pacjent.gov.pl/polityka-prywatnosci> [access: 30.11.2021]; art. 9(2)(h) GDPR: processing is necessary for the purposes of preventive or occupational medicine, for the assessment of the working capacity of the employee, medical diagnosis, the provision of health or social care or

Although the legal prerequisite for the processing of data set out therein applies to ‘management of healthcare systems and services’, it also requires that such processing be carried out solely by or under the responsibility of an employee bound by professional secrecy⁷⁷. It is an open question to what extent this requirement can be fulfilled in the conditions of large-scale and centralised processing of personal data under the custody of the Ministry of Health.

In the case of the Skaner Certyfikatów COVID application, which is used to verify EDCC certificates, the attribution of the controller’s role is diametrically opposed to the Austrian solution. In the case of the Polish implementation, the controller is the Ministry of Health and not each user of the application⁷⁸. Similarly to the mojeIKP application, the Polish implementation, following the spirit of the definition of controller in Article 4(7) of the GDPR, did not limit the scope of responsibility by hiding behind a decentralised model of personal data processing.

The scope of personal data processed in the Skaner Certyfikatów COVID application is defined in the privacy policy in a vague manner. The policy notes that no personal data is “held” in the Skaner Certyfikatów COVID application⁷⁹. This is most likely due to the last sentence of recital 48 of the EDCC Regulation, which states that: “Where the certificate is used for non-medical purposes, personal data accessed during the verification process are not to be retained, as provided for in this Regulation”⁸⁰. Based on the quoted passage, it must be presumed that the Skaner Certyfikatów COVID application does not store personal data read from the QR codes of verified EDCC certificates.

The reference in the Skaner Certyfikatów COVID privacy policy to the use of Google Analytics is disturbing⁸¹. The exact use of Google Analytics and the scope of the data processed in this way is not specified.

Particularly controversial is the legal basis indicated in the privacy policy for the processing of personal data in the Skaner Certyfikatów COVID application. First, there is no distinction between the data of verified EDCC holders and the telemetric data of the owners of the terminal equipment used for verification. Second, the indicated legal basis for the processing of EDCC holders’ personal data here

treatment or the management of health or social care systems and services on the basis of Union or Member State law or pursuant to contract with a health professional and subject to the conditions and safeguards referred to in paragraph 3.

⁷⁷ Art. 9(3) GDPR: Personal data referred to in paragraph 1 may be processed for the purposes referred to in point (h) of paragraph 2 when those data are processed by or under the responsibility of a professional subject to the obligation of professional secrecy under Union or Member State law or rules established by national competent bodies or by another person also subject to an obligation of secrecy under Union or Member State law or rules established by national competent bodies.

⁷⁸ <https://ezdrowie.gov.pl/portal/home/polityka-prywatnosci-ucc> [access: 30.11.2021].

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ Recital 48 Regulation 2021/953.

⁸¹ <https://ezdrowie.gov.pl/portal/home/polityka-prywatnosci-ucc> [access: 30.11.2021].

is the implied (sic!) consent⁸². This consent shall be presumed from the act of submission of the EDCC certificate for control by placing it under the scanner⁸³.

According to the provisions of the GDPR, in order to be valid, consent must be given unambiguously, explicitly and in a manner that allows the controller to document receipt of consent⁸⁴. None of these conditions are met in the case of consent implied from a hand movement. Moreover, it is unclear how the withdrawal of such consent would take place; the ease of withdrawal required by the GDPR equal to the ease of submission would in this case have to imply a gesture of withdrawal of the hand holding the EDCC⁸⁵.

EU Regulations 2021/953 (EDCC Regulation) and 2021/954 (extending the personal scope of the EDCC Regulation to third-country nationals lawfully residing in the EU) are indicated as additional legal bases for the processing. Given the material scope of the EDCC Regulation discussed above and the scope of national implementations of the EDCC, it should be considered that they only relate to cross-border applications of the EDCC, i.e. the verification of foreign EDCC certificates in Poland.

Finally, it should be noted that the entire Polish implementation of the EDCC available to a wider range of users, i.e. IKP, mojeIKP, mObywatel and Skaner Certyfikatów COVID, is only available in the Polish language version. Considering the constantly growing number of foreigners residing in Poland, such an exclusionary solution should be viewed critically. It is incomprehensible why (similarly to the Austrian implementation) an English language version was not introduced.

5. Conclusions

The analysis conducted above leads to the following conclusions. Controversies and unclear solutions related to the role of the controller in decentralised infrastructures of personal data processing are visible. On the example of the Polish and Austrian implementation of EDCC, two extreme solutions can be seen here, at opposite ends of the spectrum.

On the one hand, in the Austrian model part of the implementation (Grüner Pass application) is left without any controller, presuming the responsibility of the data subject for the data processed in a decentralised structure. Such a solution deserves criticism, especially considering the possible liability (or rather lack

⁸² *Ibidem*.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ Art. 6(1)(a), art. 7, art. 9(2)(a), and recital 32 GDPR.

⁸⁵ Art. 7(3) GDPR.

thereof) for data breaches caused by faulty app design or lack of regular security updates in the mobile application.

On the other hand, in the Polish model, the Minister of Health, as a controller, takes responsibility not only for those aspects of the functioning of the national implementation of the EDCC which they actually has an influence on, but also for those which they do not. The EDCC holder has the ability to make their certificate available to a potentially unlimited audience, either by displaying it in a mobile app or by exporting a pdf file.

It follows that the current non-negotiable model of the triad of roles from THE GDPR (controller, processor, data subject) is insufficient to describe decentralised processing infrastructures, in particular distributed infrastructures at the end-user and mobile device level.

References

- Bundesgesetz betreffend Datensicherheitsmaßnahmen bei der Verarbeitung elektronischer Gesundheitsdaten und genetischer Daten (Gesundheitstelematikgesetz 2012 – GTelG 2012) StF: BGBl. I Nr. 111/2012.
- Commission, Report from the Commission to the European Parliament and the Council pursuant to Article 16(1) of Regulation (EU) 2021/953 of the European Parliament and of the Council on a framework for the issuance, verification and acceptance of interoperable COVID-19 vaccination, test and recovery certificates (EU Digital COVID Certificate) to facilitate free movement during the COVID-19 pandemic, 18.10.2021.
- Datenschutz-Folgenabschätzung zum Grünen Pass und zum EPI-Service, <https://www.gesundheit.gov.at/service/gruener-pass/datenschutz-folgenabschaetzung>.
- Directive 2011/24/EU of the European Parliament and of the Council of 9 March 2011 on the application of patients' rights in cross-border healthcare, OJ L88/45, 2011.
- Epidemiegesetz 1950 (EpiG). StF: BGBl. Nr. 186/1950.
- European Data Protection Board-European Data Protection Supervisor, Joint Opinion 04/2021 on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a framework for the issuance, verification and acceptance of interoperable certificates on vaccination, testing and recovery to facilitate free movement during the COVID-19 pandemic (Digital Green Certificate), 31.03.2021.
- eHealth Network, *Guidelines on Technical Specifications for Digital Green Certificates. Volume 5 Public Key Certificate Governance*, V1.02, 5.12.2021.
- eHealth Network, *Interoperability of health certificates. Trust framework*, V.1.0, 3.12.2021.
- eHealth Network, *Guidelines on Value Sets for EU Digital COVID Certificates*, V1.4, 13.10.2021.
- eHealth Network, *DCC Anomaly Capture Process for COVID Certificate Data. Best current practice*, V1.01, 15.09.2021.
- eHealth Network, *Guidelines on Technical Specifications for Digital Green Certificates. Volume 1*, V1.0.5, 21.04.2021.
- eHealth Network, *Guidelines on Technical Specifications for Digital Green Certificates. Volume 2 European Digital Green Certificate Gateway*, V1.3, 21.04.2021.
- eHealth Network, *Guidelines on Technical Specifications for Digital Green Certificates. Volume 3 Interoperable 2D Code*, V1.3, 21.04.2021.
- eHealth Network, *Guidelines on Technical Specifications for Digital Green Certificates. Volume 4 European Digital Green Certificate Applications*, V1.3, 21.04.2021.

- Gstrein O.J., *The EU Digital COVID Certificate: A preliminary data protection impact assessment*. "European Journal of Risk Regulation" 2021, vol. 12, iss. 2.
- Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii, Dz.U. z 2020 r. poz. 491.
- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2021/953 z dnia 14 czerwca 2021 r. w sprawie ram wydawania, weryfikowania i uznawania interoperacyjnych zaświadczeń o szczepieniu, o wyniku testu i o powrocie do zdrowia w związku z COVID-19 (unijne cyfrowe zaświadczenie COVID) w celu ułatwienia swobodnego przemieszczania się w czasie pandemii COVID-19 (Tekst mający znaczenie dla EOG), OJ L 211/1, 2021.
- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2021/954 z dnia 14 czerwca 2021 r. w sprawie ram wydawania obywatelom państw trzecich legalnie przebywającym lub zamieszkującym na terytoriach państw członkowskich w czasie pandemii COVID-19 interoperacyjnych zaświadczeń o szczepieniu, o wyniku testu i o powrocie do zdrowia w związku z COVID-19 (unijne cyfrowe zaświadczenie COVID), oraz weryfikowania i uznawania takich zaświadczeń (Tekst mający znaczenie dla EOG), OJ L 211/24, 2021.
- Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 6 maja 2021 r. w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii, Dz.U. z 2021 r. poz. 861.
- Streinz T., *The Evolution of European Data Law*, [in:] *The Evolution of EU Law*, eds. P. Craig, G. de Búrca, OUP 2021.

Ioana-Andra Pleșa

„1 Decembrie 1918” University Alba Iulia

ORCID 0000-0001-7658-8611

ioana.plesa@uab.ro

Raluca-Clarisa Gligor

„1 Decembrie 1918” University Alba Iulia

ORCID 0000-0002-1065-8514

raluca.gligor@uab.ro

Public health exclusive responsibility of the state? Aspects regarding the crisis generated by the COVID-19. The legal framework that regulates public health in Romania

Keywords: Public health, Pandemic, limitation of rights, measures imposed by the authorities, management of the effects of the Pandemic in Romania

Summary. The right to public health is a right guaranteed to all people, a right of major importance like the right to life, respectively individual freedom.

With regard to public health, Article 35 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union governs Health Protection. According to the article, everyone has the right to access preventive healthcare and to receive medical care under the conditions established by national laws and practices. A high level of human health protection shall be ensured in the definition and implementation of all Union policies and activities¹.

Wyłączna odpowiedzialność państwa za zdrowie publiczne? Aspekty dotyczące kryzysu wywołanego wirusem COVID-19. Ramy prawne regulujące zdrowie publiczne w Rumunii.

Słowa kluczowe: zdrowie publiczne, pandemia, ograniczenie praw, środki nałożone przez władze, zarządzanie skutkami pandemii w Rumunii

Streszczenie. Prawo do zdrowia publicznego jest prawem gwarantowanym wszystkim ludziom, prawem o doniosłym znaczeniu, takim jak prawo do życia, odpowiednio do wolności jednostki.

W odniesieniu do zdrowia publicznego art. 35 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej reguluje ochronę zdrowia. Zgodnie z artykułem każdy ma prawo do dostępu do profilaktycznej opieki zdrowotnej oraz do korzystania z opieki medycznej na warunkach określonych przez ustawodawstwo i praktykę krajową. Przy określaniu i urzeczywistnianiu wszystkich polityk i działań Unii zapewniana się wysoki poziom ochrony zdrowia ludzkiego.

¹ <https://fra.europa.eu/ro/eu-charter/article/35-protectia-sanatatii> [access: 19.01.2022].

Introduction

Coronavirus disease (COVID-19) is an infectious disease caused by the SARS-CoV-2 virus.

Most people infected with the virus will experience mild to moderate respiratory illnesses and will recover without the need for special treatment. However, some will become seriously ill and will need medical attention. Older people and those with underlying medical conditions, such as cardiovascular disease, diabetes, chronic respiratory disease, or cancer, are more likely to develop serious illnesses. Anyone can get COVID-19 and get seriously ill or die at any age.

“The virus can spread through the mouth or nose of an infected person into small particles of liquid when they cough, sneeze, talk, sing or breathe. These particles range from larger respiratory droplets to smaller aerosols”².

By referring to the measures taken by the authorities since the beginning of the Pandemic, people who did not believe in the existence of the virus, believing that everything is a conspiracy, invoked the fact that by applying and observing some essential measures to stop the pandemic (such as wearing a mask) their freedom is violated. Freedom is not absolute, but it extends to the meeting of the freedom of others.

According to the doctrine, individual freedom, like all human freedoms, is not, cannot and must not be absolute³. Therefore, certain restrictions imposed in exceptional situations do not represent the denial of the individual’s freedom, but his protection, the protection of the state and the rule of law.

If the states had not taken measures to combat the spread of the virus by establishing rules such as isolating the positive ones for 14 days, respectively quarantining contacts, we would have discussed genocide today, or in the opinion of some natural immunization.

Article 53 of the Romanian Constitution regulates “Restriction on the exercise of certain rights or freedoms”.

According to para. (1) The exercise of certain rights or freedoms may be restricted only by law and only if required, as the case may be, for: the defense of national security, order, public health or morals, the rights and freedoms of citizens; conducting criminal investigation; prevention of the consequences of a natural disaster, of a disaster or of a particularly serious disaster.

² https://www.who.int/health-topics/coronavirus#tab=tab_1 [access: 19.01.2022].

³ I. Muraru, E.S. Tănăsescu, *Constitutional law and political institutions* Vol. I, ALL Beck Publishing House, Bucharest 2003, p. 179.

According to the provisions of art. (2) Restriction may be ordered only if it is necessary in a democratic society. The measure must be proportionate to the situation which gave rise to it, it must be applied in a non-discriminatory manner and without prejudice to the existence of a right or freedom.

Romania is currently on alert, a situation marked by the possibility of restricting certain rights as well as in a state of emergency. the courts declaring that the provisions of the normative acts of the Government are unconstitutional. In this sense, we mention the decision of the Cluj Court of Appeal⁴.

Decision no. 826/2021 on the extension of the state of alert on the territory of Romania starting with August 11, 2021, as well as the establishment of the measures applied during it to prevent and combat the effects of the COVID-19 pandemic.

The decisions are not final, there is the possibility of appealing them to the High Court of Cassation and Justice of Romania.

Decision no. 932/2021 on the extension of the alert status on the Romanian territory starting with September 10, 2021, as well as the establishment of the measures that will be applied during it to prevent and combat the effects of the COVID-19 pandemic;

Decision no. 990/2021 for the amendment and completion of annexes no. 2 and 3 to the Government Decision no. 932/2021 on the extension of the alert status on the Romanian territory starting with September 10, 2021, as well as the establishment of the measures that will be applied during it to prevent and combat the effects of the COVID-19 pandemic⁵.

With regard to public health, Article 35 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union governs Health Protection. According to the article, everyone has the right to access preventive healthcare and to receive medical care under the conditions established by national laws and practices. A high level of human health protection shall be ensured in the definition and implementation of all Union policies and activities⁶.

⁴ The Court of Appeal of Cluj annulled on Tuesday, September 28, 2021: "Rejects the exception of the lateness of the change of action. Dismisses the plea of annulment of the application and the plea of lack of interest of the applicants in bringing the action. Admits in part the action brought by the applicants K M K and M G against defendants G R and M A I. It annuls in its entirety GD 826/5 August 2021, H G 932/9 September 2021 and GD 990/17 September 2021. Dismisses the claim for non-pecuniary damage. With the right to appeal within 15 days from the communication".

⁵ <https://www.juridice.ro/751822/curtea-de-apel-cluj-a-anulat-hotararile-de-guvern-care-impun-certificatul-verde-digital-si-continuarea-starii-de-alerta.html> [access: 19.01.2022].

⁶ <https://fra.europa.eu/ro/eu-charter/article/35-protectia-sanatatii> [access: 19.01.2022].

1. The concrete impact of the pandemic on the Romanian society

Undoubtedly, the situation generated by the appearance of COVID-19 changed the factual situation with which we were familiar until the beginning of 2020. What would follow from the moment the coronavirus spread overwhelmed us both from a health and social point of view, political, economic. One of the worst problems we have faced and still face is the health system. For about 2 years we have been struggling with the lack of places in hospitals, medical staff, treatments but also the equipment necessary to fight the pandemic and we are trying to deal with a health system „taken by surprise” and unprepared, which continues to condemn people to death. The unprecedented health crisis caused by the spread of this disease continues to fuel fear, anxiety and mass hysteria. Outbreaks appear to be exacerbated⁷, dividing and traumatic. The emergence of SARS-CoV-2 coronavirus has split the population in several ways. On the one hand, there are those who fear illness or a worsening of the disease and turn to the health services as soon as the first symptoms appear, and on the other hand there are those who not only look with skepticism at the idea of hospitalization, even they hide the fact that they may be carriers of the disease and refuse testing for symptoms just to avoid possible contact with hospitals. Unfortunately, the second category also includes those people who, at one point in their existence, were victims of the health system, people who accessed medical services to treat certain diseases and who have endured the consequences of this fact. throughout its existence. We are also referring here to the nosocomial infections that a significant percentage of both those hospitalized and those who were discharged from a hospital faced or even other more serious consequences that they suffered after hospitalization.

Then, the lack of treatments, of high-performance specialized devices, the lack of specialized personnel are major risk factors in the fight against this disease that develops new and new strains. Unfortunately, in our country, there were situations in which people hospitalized to benefit from treatment against COVID-19, lost the fight with the “system” rather than with the disease. Several hospitals in Romania have faced a series of fires, in the midst of a pandemic; tragedies in which dozens of patients lost their lives and many others were seriously injured. In most cases, there has been talk of power outages that have been overloaded, but the mystery lies in the investigations and possible perpetrators of the disasters.

The way in which a virus has literally brought the health system to its knees should lead us all to reflect and become more involved in all that this exercise of exercising rights and assuming responsibilities entails.

⁷ K. Schwab, M. Thierry, *COVID-19: Great Reset*, Forum publishing, Geneva 2020, p. 2.

From another perspective, the economy has been seriously affected and, unfortunately, only the first effects are being felt at the moment. The beginning of the pandemic culminated in a “barrier” between what I knew until then and what was to come. It has been shown that the global economy in the pandemic we are facing is the most significant, since 1945 and in terms of speed, it is unmatched. The situation is all the more dangerous and more difficult to manage as economic interests seem to be in a constant struggle with the interests of public health. The cessation of the activity of some economic actors that culminated in the loss of jobs, technical unemployment, the impossibility of certain units to continue their activity due to the restrictions imposed by the authorities in order to prevent and combat the pandemic, stagnation or decrease of salaries are just some of the events. have marked the population in the last 2 years. In an attempt to “shut down” the pandemic, the governments of the affected countries have shut down much of the economy, but each sudden recovery has shown that much more effective and long-term measures are needed⁸.

The evolution of the pandemic affected the execution of contracts, so that many individuals or legal entities could no longer enjoy the execution or could no longer perform the obligation assumed by the contract, as a result of the intervention of force majeure. Also, in these situations, the liability is removed, so that the one who did not have the opportunity to perform the contract, could not be held to repair, and as examples we have contracts for the provision of services for special events (weddings, baptisms, etc.), leases, etc. According to art. 1351 para. (1) Civil Code, unless the law provides otherwise or the parties do not agree otherwise, the liability is removed when the damage is caused by force majeure or fortuitous event. Force majeure evokes the idea of insurmountability, so that in order for an event to constitute a case of force majeure, it must be unpredictable, irresistible and external⁹.

The crisis triggered by the pandemic has considerably accelerated the development of artificial intelligence so that, through new technologies, an automation of tasks has been pursued, in order to replace employees, this solution being preferable all the more as during this period and not he knows for how long it is essential to avoid face-to-face interactions. As a result of automation, jobs have disappeared, and in others the number of employees has dropped considerably.

From an economic point of view, things remain questionable after the pandemic ends. The labor market could be divided between very well paid work and many jobs that have disappeared or are not paid or are not very interesting. It is also very possible to witness a wave of innovation characterized by the emergence

⁸ *Ibidem*, pp. 13-16.

⁹ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 2 – Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF 2021, pp. 262-263.

of new industries, which we hope will provide jobs to the large number of people who need them. Of course, it all depends on the trajectory of economic growth and what results we will feel through the goal of GDP growth. What should be the new compass for monitoring progress, what will be the economic emergency responses to the pandemic, and how carefully and with interest and world leaders will handle this whole situation to ensure the well-being of citizens and the planet, remains to be seen¹⁰.

It is well known that, over time, pandemics have been one of the most severe tests for society. The most notable impact is related to the revolt of the population, of the citizens, directed against those with decision-making power, against the political figures who took inappropriate measures and proved to be ill-prepared to be able to face COVID-19. The prosperity of nations depends on their confidence in the institutions that are able to prevent disasters or, if necessary, to face them and restore balance. We appreciate that after the end of the pandemic, the “taste” that will remain will be a bitter one, and the perception of ignorance regarding the measures adopted by the government will be a desolate one. The dramas that individuals go through throughout this period will accumulate, promoting resentment, anger, violence, etc., because those who have experienced poverty, homelessness, unemployment, lack of rights and power, will erupt and produce disorders¹¹.

Given the above situations, we believe that if this crisis is not managed pragmatically, the consequences will be devastating, because the pandemic has already brought significant changes in the behavior of people, of society. The lack of a stable government in the midst of a pandemic illustrates the precarious situation we are in as a state. Although at the moment political figures say that this political crisis is over, we appreciate that the perception and trust of citizens in the authorities in relation to how political figures have decided to communicate with those who govern them speak for themselves.

2. Measures imposed by the authorities in Romania on public health before and during the Pandemic

By decision no. 1414/2009 was established and the organization and functioning of the National Institute of Public Health was regulated.

According to the provisions of Art. 2 of the present law, the National Institute of Public Health of Romania aims at: a) the prevention, surveillance and control of communicable and non-communicable diseases; b) health monitoring; c) health promotion and health education; d) occupational health assessment; e) monitor-

¹⁰ *Ibidem*, pp. 21-22.

¹¹ *Ibidem*, pp. 30, 34.

ing health in relation to the environment; f) elaboration of regulations in the field of public health; g) ensuring the management of public health; h) development of specific public health services; i) organization, management, guidance and verification from a technical and methodological point of view, on the entire territory of the country, of the health information system; j) organization, management and control of the IT system in the sanitary field; k) organization and administration of the national database on health statistics; l) elaboration of indicators for evaluating the state of health and the efficiency of the health network¹².

In order to be able to relate to the legality of the imposition of the green certificate, it is necessary to define it. The EU digital certificate on COVID is accepted in all EU Member States. It helps to ensure that the restrictions currently in place are lifted in a coordinated manner.

During travel, the holder of the EU digital certificate on COVID should, in principle, be exempted from restrictions on free movement: Member States should refrain from imposing additional travel restrictions on them, unless they are necessary and proportional to the protection of public health.

In such a case, for example in response to new variants of the virus of concern, the Member State concerned should notify the Commission and all other Member States and justify this decision¹³.

Therefore, analyzing the above, the EU digital certificate (called the Green Certificate) is an important tool to guarantee free movement and not to limit the access of people in certain spaces inside the state, much less at work.

We consider it natural in a situation of danger to restrict certain civil rights, but we cannot rely on a state of legal instruments that guarantees the facilitation of free movement in order to impose measures internally.

It is important to distinguish between reversible measures and irreversible measures. We believe that the vaccine is a possibility to fight the Pandemic, but only if it is correlated with the other measures.

Just as we support the right of every person to be vaccinated and to have access to vaccination and treatment, we also support the person's freedom to choose.

In accordance with the provisions of the European Convention of 4 April 1997 for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being from the Applications of Biology and Medicine, the Convention on Human Rights and Biomedicine expressly regulates consent. Thus, according to art. 5 "An intervention in the field of health can be carried out only after the person concerned has given

¹² <https://insp.gov.ro/wp-content/uploads/2020/08/Hotararea-de-Guvern-1414-pentru-Infiintarea-Organizarea-si-functionarea-Institutului-National-de-Sanatate-Publica.pdf> [access: 19.01.2022].

¹³ https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/safe-covid-19-vaccines-europeans/eu-digital-covid-certificate_ro#ce-este-certificatul-digital-al-ue-privind-covid [access: 19.01.2022].

his free and informed consent. This person receives prior information regarding the purpose and nature of the intervention, as well as the consequences and risks. The data subject may at any time freely withdraw his or her consent”¹⁴.

Obviously, a person who refuses to be vaccinated for personal reasons and also a vaccinated person must, like everyone else, submit to other measures to help combat the disease.

In the idea that the person vaccinated or non-vaccinated refuses other necessary measures (wearing a mask, observing the distance or testing) we can discuss bad faith and at that time legal sanctions can be applied. The Romanian Penal Code distinctly regulates the crime of thwarting the acquisition of diseases. The conditions for incurring criminal liability for the fight against disease in vain will be described below.

3. Criminal liability for non-compliance. The crime of thwarting the fight against disease

The new Criminal Code adopted by law 289/2009 in the special part regulates the category of crimes against public safety, respectively against public health in Chapter V. The exceptional situations we have faced since the beginning of 2020, have imposed emergency measures and adaptation legislation to the existing reality. Thus, art. 352 of the Penal Code has also undergone amendments and includes seven additional paragraphs as opposed to the initial regulation of the crime of futility of combating diseases, which provided in para. (1) that “non-compliance with measures relating to the prevention or control of infectious diseases, if it has resulted in the spread of such a disease, shall be punishable by imprisonment from 6 months to 2 years or by a fine”. And according to the provisions of par. (2) “if the act provided for in paragraph (1) is committed through guilt, the punishment is imprisonment from one month to 6 months or a fine”. Although this text of the law has not raised any major problems so far, the pandemic generated by the appearance of SARS-CoV-2 has generated extensive analysis among legal specialists and the acute need for a comprehensive regulation, introducing new facts in the sphere of criminal law. Also, in relation to the gravity of the crime and the danger of the offenders, the penalties were considerably increased in the case of meeting the constituent elements of the crime of thwarting the fight against disease.

According to the current regulations, “non-compliance with quarantine or hospitalization measures provided for the prevention or control of infectious diseases is punishable by imprisonment from 6 months to 3 years or a fine. Failure to comply with measures to prevent or combat infectious diseases the spread of such a disease

¹⁴ <https://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/Bioethics%20in%20CoE/> [access:19.01.2022].

is punishable by imprisonment from one to five years” (art. 352 para. (1) and (2) of the Criminal Code). In the form provided in par. (3) in art. 352 of the Criminal Code, the legislator expressly provides that “the transmission, by any means, of an infectious disease by a person who knows he suffers from this disease is punishable by imprisonment from 2 to 7 years and a ban on exercising certain rights”.

If in the case of par. (1) and (2) we are talking about the situation in which either it did not occur or if it did occur, it was not followed; in the case of par. (3) the text of the law refers to the “standard portrait” of the offender, ie the person who knowingly follows or accepts the possibility of transmitting the coronavirus to other persons. Even if, through an exercise of imagination, the text of the law leads us to the idea of the individual who uses the fact that he is infected to pose a threat to those around him, such as threatening to be infected to steal from a store, most of the time, we appreciate that this category includes those carriers of the disease who, being aware that they are sick, do not really understand the seriousness of the situation and therefore do not take the necessary measures to protect those around them¹⁵.

Therefore, a person who intentionally fails to comply with the measures imposed by the authorities to prevent and / or combat such diseases may be held criminally liable. On the one hand, we are talking about the person who does not comply with the quarantine and hospitalization measures, arranged to prevent or fight an infectious disease, and on the other hand, we are talking about the person who is consciously transmitting this disease. It is true that the fundamental law, respectively the Romanian Constitution, gives any person the right to dispose of their own body, but, at the same time, it also establishes certain limits in this regard. According to art. 26 para. (2) of the Constitution, each person is free to dispose of himself, as long as his actions or inactions do not affect the rights and freedoms of other persons, public order or morals. Or, in the case of infection or self-infection with COVID-19, the perpetrator violates the social values protected by criminal law, so that self-infection with this virus is not limited to the freedom to dispose of one’s own body. The state with this coronavirus, in the sense of fighting it¹⁶.

Next, the analysis will capture the aggravated and attenuated forms of this crime, respectively para. (4)-(8) of the Criminal Code. One of the mitigating elements is the one inserted by the legislator at par. (4), according to which, if the form of guilt

¹⁵ To be seen Alex Cajvanean, *Zădărnicea combaterii bolilor sau cum strănutul și scuipatul devin fenomen criminal*, de pe <https://www.avocato.ro/blog/zădărnicea-combaterii-bolilor-sau-cum-strănutul-și-scuipatul-devin-fenomen-criminal/> [access: 29.11.2021].

¹⁶ To be seen www.pasalica.ro, Monitorul Justiției. Autoinfecțarea cu virusul COVID 19. Întrunirea elementelor constitutive al infracțiunii de zădărnicea combaterii bolii prevăzută de dispozițiile art. 352 din Codul penal. - Cabinet de Avocat Sorin George Pașalică (pasalica.ro) [access: 29.11.2021].

with which the deed from par. (2) is the fault, the punishment will be imprisonment from 6 months to 3 years or a fine. Regarding this form of committing the deed, the one who commits the deed according to par. (4) is a person who either predicted the result of his deed but does not accept it, appreciating without any reason that it will not occur, or did not foresee the result of his deed, although he should and could have predicted it. In short, we are talking about a mistake, recklessness or negligence of the person responsible for the act.

Regarding the commission of the deed in the aggravated variants provided in par. (5) - (7), we notice a significant increase in the applicable penalties, because the behavior of the offender produces significant and particularly serious consequences, such as personal injury or even the death of one or many people. If by the deed provided in par. (1) and (2) the bodily injury of one or more persons has occurred, the punishment is imprisonment from 2 to 7 years and the prohibition of the exercise of certain rights, and if the death of one or more persons has occurred, the punishment is imprisonment from 5 at the age of 12 and the prohibition of the exercise of certain rights. If, through the transmission of an infectious disease, by a person who is aware that he is suffering from this disease, he has caused bodily injury to one or more persons, the penalty is imprisonment from 3 to 10 years and a ban on exercising certain rights, and if death occurred, the penalty is imprisonment from 7 to 15 years and the prohibition of the exercise of certain rights. Finally, if the act committed through guilt results in bodily injury to one or more persons, the penalty is imprisonment from one to five years and the prohibition of the exercise of certain rights, and if it resulted in the death of the person, the punishment is imprisonment from 2 years. at the age of 7 and the interjection of the exercise of certain rights.

We note, therefore, that if in the case of the first 3 paragraphs, the legislator sanctions the attitude towards public health, starting with para. (5) aims to protect each individual from the unfortunate consequences of the disease, punishing more severely the one who not only defies the law and public health, but also causes harm or even death to certain people. We welcome the legislative initiative to adapt this text of the law as we all know that a person's life and health are fundamental values protected in both domestic and international law. It is natural that if by committing the deed provided in art. 352 of the Criminal Code, there was the death of a person, who is responsible for being punished more severely, as "crimes", regardless of their nature, require greater rigor on the part of the law. Crime is a term used to describe the most serious crimes, in systems where crimes are classified as crimes, misdemeanors and misdemeanors (for example, in French criminal law). In the current language, crime refers to a crime in general or to those crimes by which a person's life has been suppressed, but the term is not enshrined

in law. In the field of criminology, crime means the act provided by the criminal incrimination norm¹⁷.

Regarding the attempt, the legislator provides for its sanctioning only regarding the commission of the deed in the form provided in par. (3), ie in the situation where the perpetrator, knowingly, transmits the infectious disease he suffers from.

In terms of the constituent elements, we note that the legal object of this crime is the social relations that protect public health and which are harmed by committing this act, namely social relations regarding compliance with measures to prevent or combat disease. In principle, this crime has no material object, the immediate consequence being the state of danger created around the protected area, without there being an act of execution directed directly at a good or a being. However, we can talk about a material object, for example, in the case of disinfection of public places, destruction of certain objects, etc.

Regarding the subjects of the crime, both the active and the passive subject can be represented by any person, the law does not impose certain requirements or special qualities. Therefore, anyone can commit the crime of thwarting the fight against disease, just as any person can suffer the harmful consequences of this act.

Regarding the objective side, in the case provided in par. (1), the material element consists in an inaction in which the quarantine or hospitalization measures are violated; the immediate consequence consists in the state of danger created for the protected social value and the causal link results from the committed deed. In the form provided in par. (2), the material element of the deed consists in an action or inaction by which the measures of prevention or control of the infectious disease are violated, the immediate consequence consists in the spread of the disease and the causal link must be proved. Finally, for the form provided in par. (3), the material element of the objective side consists in an action or inaction by which the disease is transmitted; the immediate consequence is the transmission of the disease and the causal link must be proven¹⁸.

In terms of the subjective side, the most common form of guilt is indirect intent, because everyone is aware of the existence of these measures, they are intensely publicized and constantly presented to the population, so it is difficult to imagine a situation where the person does not know the existence of measures. We appreciate that we are in the presence of indifference, indolence, rather than ignorance.

Finally, for clarity and precision, at para. (9) in art. 352, the legislator defines quarantine in the sense of the criminal law “quarantine means the restriction of

¹⁷ M. Udroi, *Criminal Law Sheets. The special part. Theory and case studies*, Editura C.H. Beck, Bucharest 2020, p.1.

¹⁸ To be seen A. Cajvanean, *The futility of fighting disease or how sneezing and spitting become a criminal phenomenon*, from <https://www.avocato.ro/blog/zădărnicea-combaterii-bolilor-sau-cum-strănutul-și-scuipatul-devin-fenomen-criminal/> [access: 29.11.2021].

activities and the separation from other persons, in specially arranged spaces, of persons ill or suspected of being ill, in a manner that prevents the possible spread of infection or contamination”.

The case law stated that “the act of the defendant who, after being hospitalized in a specially designed container, is suspected of being infected with the new type of coronavirus, being tested in this respect, although he was informed that he has no right to leave the location in question without the doctor’s consent, not to comply with the hospitalization order and who, before finding out the result of the test, fled the yard of the medical unit, moving on foot to a nearby town, where he came into contact with third parties, thus having the risk of transmitting the virus, meets the essential features of the offense provided for in Article 352 (1) C. Pen”¹⁹.

Conclusions

Throughout this period, the watchword is uncertainty. The uncertainty looming over COVID-19’s mutations in this virus makes it extremely difficult to accurately assess the risk of this disease and constantly fuels fear. Ever since the pandemic broke out, we have been bombarded daily with countless information and data, and yet we still do not know exactly how dangerous this virus is. Despite the constant involvement of specialists in various fields and even the identification of a possibility to improve the symptoms of the disease by vaccinating the population, there are still questions about the transmission rate from asymptomatic people, the effect of seasonality, the duration of the incubation period and so on which, without a doubt, makes it difficult for public officials to adopt a correct public health strategy²⁰.

In a context in which the more we believe we are informed about the evolution of this disease, the more questions it raises, the more we face the promotion of the division of vaccines by the unvaccinated and vice versa. This division of the population, which is based on the cult of revolt and hatred of our neighbor, only takes us away from the values on which this society has developed and, implicitly, makes it difficult to fight COVID-19, so that each of us would we need to understand that united, we are stronger.

We believe that in order to address this growing phenomenon, the benefits and disadvantages of vaccination should be further promoted, and the measures that the authorities consider useful in combating the pandemic should be made known to the public through the art. communication and not coercion.

¹⁹ Buzău Court, *Coronavirus. Crime of thwarting the fight against diseases*, [in:] “Pandectele Române” 2020, no. 6 at the Buzău Court, criminal section, criminal sentence no. 707 of 10 September 2020, www.sintact.ro [access: 19.01.2022].

²⁰ K. Schwab, M. Thierry, *op. cit.*, p. 14.

We appreciate that only in this way, without feeling the pressure, the person will be able to deliberately make a decision about his own health, which he will assume as such, while reducing the risk of revolt. Article 7 of the Universal Declaration of Human Rights states: “All human beings are equal before the law and are entitled without any discrimination to equal protection of the law. All persons have the right to equal protection against any discrimination in violation of this Declaration and against any incitement to such discrimination”.

It is natural to impose restrictive measures when the situation requires it, but it is not in the spirit of the law to distinguish between a vaccinated person (who may be carrying the virus) and a person with a negative covid test.

Another serious problem that the Romanian society faced during this period was the misinformation made by some television stations. They obsessively repeated the same news: “from the 10th date, the law on compulsory vaccination will be adopted in the Parliament”. The adoption of the compulsory green certificate was submitted to the vote in the Romanian Parliament (although this is a tool used to facilitate free movement in the European Union). “The green certificate includes: vaccination, passing through the disease (in the last 180 days) or presenting a negative covid test”. The bill did not pass the vote of the Senate, and it will be decided on its adoption in the Chamber of Deputies.

We do not dispute the importance of vaccination, we challenge the odious way in which it is tried to be imposed by misinforming the population by the media. We consider that the adoption of the green certificate is an important measure, but we need to find new solutions to get out of this situation. Specialists in Romania are discussing the importance of introducing antivirals in pharmacies and the importance of mass testing of the population, which is beginning to be put into practice because on Thursday 2.12.2021 students will be tested quickly to detect contaminants in a timely manner.

We consider that any measure must be corroborated with the opinions of the specialists in the field as well as with the defense of the fundamental rights of the individual.

References

- Buzău Court, *Coronavirus, Crime of thwarting the fight against diseases*, “Pandectele Române” 2020, no. 6.
- Fabre-Magnan M., *Law of obligations. 2 – Civil liability and quasi-contracts*, Paris 2021.
- Muraru I., Tănăsescu E.S., *Constitutional law and political institutions*, vol. I, Bucharest 2003.
- Romanian civil code, updated.
- Romanian Criminal Code, updated.
- Schwab K., Thierry M., *COVID-19: Great reset*, Geneva 2020.
- The Constitution of Romania.

Udroiu M., *The special part. Theory and practical cases*, Bucharest 2020.

www.sintact.ro.

<https://www.avocato.ro/blog/zădărnicierea-combaterii-bolilor-sau-cum-strănutul-și-scuipatul-devin-fenomen-criminal/>.

www.pasalica.ro.

<https://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/Bioethics%20in%20CoE/>.

<https://insp.gov.ro/wp-content/uploads/2020/08/Hotararea-de-Guvern-1414-pentru-Infintarea-Organizarea-si-functionarea-Institutului-National-de-Sanatate-Publica.pdf>.

https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/safe-covid-19-vaccines-europeans/eu-digital-covid-certificate_ro#ce-este-certificatul-digital-al-ue-privind-covid.

https://www.who.int/health-topics/coronavirus#tab=tab_1.

<https://fra.europa.eu/ro/eu-charter/article/35-protectia-sanatatii>.

Marta Szabat

Uniwersytet Jagielloński

ORCID 0000-0001-5198-3842

marta.szabat@uj.edu.pl

Heroizm, obowiązek i szkoda moralna w kontekście etosu zawodów medycznych w pandemii COVID-19

Słowa kluczowe: etyka, opieka zdrowotna, heroizm, działania supererogacyjne, obowiązek, obowiązki zawodowe

Streszczenie. Terminy, takie jak: bohaterstwo, czyny heroiczne czy supererogacyjne, obowiązek, etos zawodowy bądź szkoda moralna w odniesieniu do pracowników ochrony zdrowia wykonujących swoją pracę w pandemii COVID-19 w ciągu ostatnich dwóch lat, zostały poszerzone o nowe konteksty etyczne i prawne. Celem artykułu jest analiza wymienionych terminów i próba ustalenia natury zmian w nich zachodzących w oparciu o etos pracowników ochrony zdrowia (regulacje etyczne i prawne) oraz o raporty dotyczące problemów związanych z pandemią koronawirusa.

Heroism, professional duty and moral injury in the context of the ethos of the medical professions during the COVID-19 pandemic

Keywords: ethics, health care, heroism, supererogative acts, obligation, professional duty

Summary. Terms such as heroism, heroic, supererogative acts, professional duty, ethos and moral injury applied to health care professionals (HCPs) when performing their work during the COVID-19 pandemic have been expanded to include new ethical and legal contexts over the last two years. The aim of the article is to analyze the above-mentioned terms and to try to determine how their meanings have evolved based on the ethos of HCPs (ethical and legal regulations) and reports on problems connected with the coronavirus pandemic.

Wstęp

W niniejszym artykule przedmiotem zainteresowania są normy obowiązujące pracowników ochrony zdrowia oraz motywy i konsekwencje ich obowiązkowych, supererogacyjnych i faktycznych działań. Biorąc pod uwagę zasady deontologiczne obowiązujące lekarzy, ratowników medycznych oraz pracowników w zakresie pielęgniarstwa i położnictwa, a także obowiązujące regulacje prawne oraz raporty z badań przeprowadzonych w okresie pandemii COVID-19, należy podkreślić, że obowiązek udzielania świadczeń medycznych jest ograniczony: z jednej strony

potrzebą zapewnienia bezpieczeństwa pracownikowi udzielającemu świadczenia¹, z drugiej zaś dostępnością form potencjalnego leczenia. Dla przykładu, pracownikom ochrony zdrowia cierpiącym na schorzenia, które powodują, że są bardziej narażeni na poważne choroby związane z epidemią SARS-CoV-2, zaleca się unikanie bezpośredniego kontaktu z pacjentami². Praca z pacjentami stanowiłaby dla nich niedopuszczalny poziom ryzyka osobistego oraz przekraczałaby obowiązujący ich obowiązek leczenia i opieki.

Kluczowe w tekście jest pytanie zadane przez Ogólnopolski Związek Zawodowy Pielęgniarek i Położnych w początkowej fazie pandemii COVID-19 Rzecznikowi Praw Obywatelskich z jednoczesną prośbą o zajęcie stanowiska w następującej kwestii: czy w sytuacji niezapewnienia przez pracodawcę odzieży ochronnej i środków ochrony indywidualnej pracownicy medyczni mogą powstrzymać się od wykonywania pracy? Pytanie to pozwala na rozważenie kwestii granic obowiązków zawodowych w kontekście bezpieczeństwa pracy, gdy w grę wchodzi zdrowie i życie pracowników. Doprecyzowanie i odróżnienie od siebie takich pojęć, jak: obowiązek zawodowy, heroizm, supererogacja, pozwala na wyznaczenie granic obowiązku leczenia i opieki. Dodatkowo wyjaśnienie terminu szkody moralnej (*moral injury*) jako rodzaju cierpienia społecznego, psychicznego, a nawet duchowego wywołanego przez niewydolność systemu zarządzania, przy jednoczesnym podejmowaniu prób radzenia sobie z nieprawidłowościami w sytuacjach zawodowych, może skutkować doświadczeniem bólu moralnego i poczuciem szkody. Na przykłady szkody moralnej wśród personelu medycznego w dobie pandemii COVID-19 wskazują analizy raportów w trzeciej części artykułu. Dostarczają one też wiedzy na temat skali nieprawidłowości organizacyjnych oraz problemów zawodowych pracowników.

Obowiązek leczenia i opieki, „szkoda moralna”, heroizm

Jeśli przyjmiemy, że pracownicy ochrony zdrowia mają obowiązek leczenia pacjentów oraz opieki nad nimi, nawet przy pewnym osobistym ryzyku, to obowiązek leczenia i opieki musimy krytycznie przeanalizować zarówno od strony jego podstawy, jak i jego granic³. Ugruntowanie tego terminu okazuje się nie być zadaniem łatwym. Zasadnicza trudność polega na tym, że pracownicy ochrony zdrowia mają

¹ Dz.U. z 1997 r., Nr 28, poz. 152; Dz.U. z 2011r., Nr 174, poz. 1039; Dz.U. z 2006 r., Nr 191, poz. 1410.

² Wytyczne przeciwepidemiczne – Koronawirus SARS-CoV-2 – Główny Inspektorat Sanitarny – Portal Gov.pl (www.gov.pl); Aktualizacja wytycznych do stosowania przez pielęgniarki POZ w czasie epidemii wirusa SARS-CoV-2 – Ministerstwo Zdrowia – Portal Gov.pl (www.gov.pl) [dostęp: 11.07.2022].

³ Zob. C.L. Cox, 'Healthcare Heroes': *problems with media focus on heroism from healthcare workers during the COVID-19 pandemic*, „Journal of Medical Ethics” 2020, nr 46, s. 510-513.

obowiązek wypełniania powinności przypisanych do zawodu medycznego, jaki wykonują w oparciu o aktualną wiedzę medyczną, nie mając przy tym obowiązku narażania własnego zdrowia i życia na ryzyko zakażenia na przykład patogenem SARS-CoV-2 czy na jakąkolwiek inną prawdopodobną szkodę trwale pogarszającą jakość ich życia. Obowiązek leczenia i opieki nie jest nieograniczony. Pracownicy ochrony zdrowia nie są zobowiązani do robienia absolutnie wszystkiego, co w ich mocy, aby przynosić korzyści swoim pacjentom, kosztem osobistego ryzyka.

W odróżnieniu od obowiązku, działania uznawane za heroiczne bądź supererogacyjne wykraczają poza to, co należy lub powinno się wykonać w danej sytuacji. Są to działania określane jako dobre, jednak nie są ściśle wymagane, są związane z odgrywaną rolą społeczną i oznaczają jawną akceptację obowiązku, przy czym mogą również zobowiązywać ludzi do ponoszenia większego ryzyka podczas wykonywania obowiązków niż moglibyśmy oczekiwać⁴. Choć heroizm wiąże się z dobrowolnym zaangażowaniem oraz może obejmować także prywatne i osobiste poświęcenie własnego czasu, umiejętności, środków na rzecz wybranego celu, to nie musi jednak z niego wynikać niebezpieczeństwo fizyczne lub psychiczne. Zarówno w przypadku obowiązku, jak i heroizmu istotne są: możliwość działania w określony sposób oraz rozpoznanie możliwych zagrożeń bądź kosztów podejmowanych działań. Osoba zmuszona do działania lub działająca bez świadomości zagrożenia bądź potencjalnych konsekwencji własnych czynów nie postępuje heroicznie, choć jej działanie nie musi skutkować niewypełnieniem obowiązków, jakie na niej spoczywają. Heroizm to wysoki poziom supererogacji w sytuacjach, kiedy osoba dobrowolnie podejmuje decyzję o wyświadczeniu dobra innym ludziom ze świadomością ryzyka, z jakim wiąże się jej działanie. Stopień ryzyka kwalifikuje czyn jako nadobowiązkowy bądź heroiczny⁵.

W etyce zawodów medycznych terminem zasługującym na głębszą analizę w kontekście obowiązków zawodowych i działań supererogacyjnych jest „szkoda moralna” (*moral injury*), którą można zdefiniować jako „rodzaj cierpienia społecznego, psychologicznego i duchowego wynikającego z kosztownych lub niewykonalnych prób (*unworkable attempts*) zarządzania, kontrolowania lub radzenia sobie z doświadczeniem bólu moralnego”⁶. Tego rodzaju szkodę można również próbować opisać następująco: wydarzenia potencjalnie moralnie szkodliwe, takie jak popełnianie, niezapobieganie lub dawanie świadectwa o czynach, które przekraczają głęboko zakorzenione przekonania i oczekiwania moralne, mogą być szkodliwe

⁴ *Ibidem*, s. 510.

⁵ T.L. Beauchamp, J.F. Childress, *Zasady etyki medycznej*, przeł. W. Jacórzynski, Książka i Wiedza, Warszawa 1996, s. 502-509.

⁶ J.K. Farnsworth, K.D. Drescher, W. Evans, R.D. Walser, *A functional approach to understanding and treating military-related moral injury*, „Journal of Contextual Behavioral Science” 2017, nr 6, s. 392.

w dłuższej perspektywie, emocjonalnie, psychologicznie, behawioralnie, duchowo i społecznie⁷. Wstępne wyniki badań donoszą, że pracownicy personelu medycznego opiekujący się pacjentami w pandemii COVID-19 są podatni na doświadczanie tego rodzaju szkody związanej z ich etosem zawodowym. Z jednej strony brak zasobów (np. respiratorów, braki kadrowe) skutkujący pogarszaniem warunków pracy, przepracowaniem oraz frustracją nie zwalnia pracowników od odpowiedzialności zawodowej i staranności w świadczeniu usług medycznych. Z drugiej strony mogą oni nabrać przekonania że ani ich pracodawcy, ani podmioty publiczne zarządzające sektorem ochrony zdrowia nie zapewniają im wystarczających i bezpiecznych warunków pracy, co może wywoływać poczucie bezsilności, zagrożenia lub, w dalszej perspektywie, skutkować wypaleniem zawodowym⁸. Wymienione aspekty wykonywania zawodu medycznego w pandemii COVID-19 mogą dotyczyć szkody moralnej, to znaczy takiego rodzaju cierpienia społecznego, psychicznego, a nawet duchowego, które wywołane zostaje przez niewydolność systemu zarządzania oraz przez osobiste próby radzenia sobie z nieprawidłowościami w sytuacjach zawodowych, co może być związane z doświadczeniem bólu moralnego i poczuciem szkody w konfrontacji z rzeczywistością.

W celu doprecyzowania wymienionych trzech terminów, czyli obowiązku leczenia i opieki, supererogacji oraz szkody moralnej, warto przyrzeć się niektórym zasadom etyki zawodowej zawartej w kodeksach, które nie stanowią normy prawnej, lecz normę etyczną, wskazując na postawy oraz zachowania przypisane i odpowiednie dla danego zawodu. W trzech kodeksach: lekarskim, pielęgniarskim oraz ratownictwa medycznego można odnaleźć wskazówki odnoszące się do postaw wymaganych w tych zawodach.

W Kodeksie etyki lekarskiej (KEL) z 1991 r., znowelizowanego w latach 1993 i 2003, już na samym początku, w Przyrzeczeniu, jest mowa o obowiązku spełniania powinności przypisanych do zawodu lekarza związanym ze służbą ludzkiemu zdrowiu i życiu w oparciu o aktualną wiedzę medyczną oraz z zachowaniem szacunku do pacjentów z uwzględnieniem równego traktowania bez względu na płeć, wiek, rasę, wyznanie, status społeczny, poglądy polityczne i inne uwarunkowania wraz z przestrzeganiem zasad tajemnicy zawodowej. W dalszej części zawarte zostały obowiązki, takie jak: przestrzeganie praw człowieka i dbanie o godność zawodu lekarskiego (art. 1), permanentne zobowiązanie do zwracania uwagi na dobro chorego, które zostało wskazane jako „najwyższy nakaz etyczny lekarza” (art. 2), istotnym obowiązkiem jest także przeprowadzanie postępowania diagno-

⁷ B.T. Litz, N. Stein, E. Delaney, L. Lebovitz, W.P. Nash, C. Silva, S. Maguen, *Moral injury and moral repair in war veterans: a preliminary model and intervention strategy*, „Clinical Psychology Review” 2009, nr 29, s. 695.

⁸ V. Williamson, D. Murphy, N. Greenberg, *COVID-19 and experiences of moral injury in front-line key worker*, „Occupational Medicine” 2020, nr 70(5), s. 1-3.

stycznego, leczniczego i zapobiegawczego z należytą starannością, poświęcając im niezbędny czas (art. 8), a podstawą relacji z chorym powinno być wzajemne zaufanie (art. 12), oparte na respektowaniu praw pacjenta (art. 13) oraz zabieganie o wykonywanie zawodu w warunkach zapewniających pacjentom odpowiednią jakość opieki (art. 11). Przestrzeganie przez lekarzy zasad etyki zawodowej oraz zgodność przepisów prawa z zasadami deontologii zawodu nadzoruje Izba Lekarska (art. 5). Wymienione artykuły wskazują na wartości, takie jak: służba ludzkiemu zdrowiu i życiu w oparciu o aktualną wiedzę medyczną, szacunek do każdego człowieka z uwzględnieniem równego traktowania, kierowanie się naczelną zasadą, jaką jest dobro chorego w wypełnianiu obowiązków zawodowych. W dalszej części artykułu, przy analizie raportów z działalności pracowników ochrony zdrowia w pandemii COVID-19, będzie można wyraźnie dostrzec potencjalne punkty zapalne mogące utrudniać personelowi wprowadzanie w życie zasad etyki zawodowej. W tym miejscu warto wymienić jedynie, wspomniane już, niedobory kadrowe przyczyniające się do przepracowania personelu, który nie może – z uwagi na szacunek do pacjentów i dbanie o ich dobro – nie zapewnić opieki chorym, co z kolei może odbywać się kosztem zaniedbywania prywatnej sfery życia i wiązać się z tym, co zostało nazwane szkodą moralną.

W drugim dokumencie – Kodeksie etyki zawodowej pielęgniarki i położnej Rzeczypospolitej Polskiej, obowiązującym od 2003 roku – w Przyrzeczeniu również zawarte zostały zasady sprawowania profesjonalnej opieki nad życiem i zdrowiem ludzkim, przeciwdziałanie cierpieniu, zapobieganie chorobom, współuczestniczenie w procesie terapeutycznym, niesienie pomocy każdemu człowiekowi bez względu na rasę, wyznanie religijne, narodowość, poglądy polityczne, stan majątkowy i inne różnice, okazywanie pacjentom należnego szacunku, nie nadużywanie ich zaufania oraz przestrzeganie tajemnicy zawodowej, poszanowanie godności zawodu oraz doskonalenie umiejętności i wiedzy (także część II. Pielęgniarka/położna a praktyka zawodowa i nauka [1-15]). Ponadto w Części ogólnej, podobnie jak w KEL, znajduje się zobowiązanie do przestrzegania praw pacjenta oraz dbania o godność zawodu, o jego prestiż i podnoszenie jego znaczenia społecznego. W pozostałych częściach uwaga została zwrócona na konieczność profesjonalnej, troskliwej opieki nad pacjentami, okazywanie im życzliwości, wyrozumiałości, cierpliwości, stwarzając atmosferę wzajemnego zaufania i zrozumienia (Pielęgniarka/położna a pacjent, 1-9). Podobnie jak w przypadku lekarzy, zawód pielęgniarki i położnej jest nakierowany na dbanie o interesy pacjentów i stawiania ich dobra jako priorytetowego dla procesu leczenia i opieki. Ze wspomnianych raportów, które zostaną przywołane w dalszej partii tekstu, wyłania się obraz, w którym obciążenie personelu pracą, niedobory kadrowe, procedury wprowadzone w celu zabezpieczenia przed zakażeniem utrudniające komunikację z pacjentami, deficyty w koordynacji pracy

w poszczególnych placówkach oraz inne czynniki omawiane w ekspertyzach mogą znacząco utrudniać realizację zasadniczych wskazań zawartych w etosie zawodowym, powodując dyskomfort poznawczy i moralny, a w niektórych przypadkach ból i cierpienie skutkujące przepracowaniem i przemęczeniem personelu medycznego.

W ostatnim źródle przywoływanym w tym artykule – Kodeksie etyki zawodowej ratownika medycznego z 2013 roku – w pierwszym punkcie wskazany zostaje obowiązek podejmowania medycznych czynności ratunkowych wobec każdej osoby znajdującej się w sytuacji zagrożenia życia i zdrowia, bez względu na jej wiek, rasę, wyznanie religijne, narodowość, poglądy, stan majątkowy i inne różnice oraz towarzyszący temu obowiązek niewykraczania poza swoje umiejętności zawodowe, a także, w razie konieczności, uzyskania wsparcia (art. 1-2). Podobnie jak w KEL i Kodeksie etyki zawodowej pielęgniarki i położnej RP, wszystkie czynności w relacji z pacjentami powinny odbywać się z poszanowaniem ich praw, godności, intymności, z należytych szacunkiem oraz z zachowaniem tajemnicy zawodowej (art. 3-6, art. 12). W art. 11 została zawarta również wskazówka dotycząca okazywania, w miarę możliwości, wsparcia najbliższym osoby znajdującej się w sytuacji zagrożenia życia i zdrowia. Dodatkowo doskonalenie umiejętności i zdobywanie aktualnej wiedzy medycznej także zostały uznane za istotne dla profesjonalnego wypełniania obowiązków zawodowych (art. 15). Podobnie jak w poprzednich dwóch kodeksach, nadrzędnym i podstawowym obowiązkiem jest służba i ochrona zdrowia i życia pacjentów. W pandemii COVID-19, a szczególnie w okresie zwiększonej liczby osób potrzebujących pomocy, personel ratownictwa medycznego zmagał się z problemami organizacyjnymi związanymi z brakiem miejsc w szpitalach, długim czasem oczekiwania karet pod Szpitalnymi Oddziałami Ratunkowymi. Ponadto, podobnie jak w przypadku innych pracowników ochrony zdrowia, przeciążenie pracą, utrudnienia związane z procedurami zabezpieczającymi przed zakażeniem oraz kwestie związane z brakiem systemowego wsparcia psychologicznego i finansowego mogły skutkować odczuwaniem dyskomfortu, a być może bólu i cierpienia moralnego oraz psychicznego z uwagi na fakt, że niebezpieczne i trudne warunki pracy wymagały niekiedy od pracowników podejmowania działań nadzwyczajnych, odpowiednich do niecodziennych sytuacji.

Epidemia SARS-CoV-2 dostarcza wielu przykładów dobrowolnych działań supererogacyjnych ze strony personelu medycznego. Wyróżnienia przyznane ratownikom medycznym w plebiscycie „Ludzie Roku 2020” Gazety Krakowskiej wskazują na fakt, że tego rodzaju działania wcale nie należą do rzadkości. Wyróżnieni zostali Paweł Nesterak z Krakowskiego Pogotowia Ratunkowego, Krzysztof Krzemień z Powiatowej Stacji Pogotowia Ratunkowego w Tarnowie oraz Waldemar Kubiński z Sądeckiego Pogotowia Ratunkowego. W uzasadnieniu werdyktu Kapituły można przeczytać: „Często pomijani i lekceważeni, w czasie pandemii to ratownicy

stanowili oś walki o pacjenta. Ich praca była wyczerpująca, niezwykle trudna, czasem niedoceniana, nawet hejtowana – to oni są dla nas prawdziwymi bohaterami ostatnich miesięcy⁹. W plebiscycie zostały nagrodzone również inne osoby, w tym pielęgniarka Zofia Augustyn i lekarze: prof. Jerzy Friedigier oraz prof. Tomasz Grodzicki. Jednak to wywiady z małopolskimi ratownikami medycznymi dostarczają najwięcej informacji na temat działań supererogacyjnych w ramach ich obowiązków służbowych.

Ratownicy spędzali w kombinezonach i pełnotwarzowych maskach od dwunastu do czternastu godzin: „Praca w takim «anty-covidowym» ubraniu to czasem sport ekstremalny. – No bo proszę sobie wyobrazić wchodzenie w tym kombinezonie i masce na czwarte piętro bez windy – mówi Krzysztof Krzemień. – Pot spływa po twarzy, rękach, nie ma jak go wytrzeć. Serce bije jak szalone. Oddech jest przyspieszony, człowiek ma wrażenie, że zaraz zacznie się dusić. Najważniejsze, żeby zachować spokój, starać się oddychać równo, miarowo. W ogóle spokój i opanowanie są tu kluczowe¹⁰. Cytat z rozmowy obrazuje trudności w wykonywaniu pracy, która pociąga za sobą konkretne i wymierne reperkusje: fizyczne niedogodności i zmęczenie. W dalszej części wywiadu pada komentarz: „Trzeba doświadczenia i wiedzy z różnych specjalizacji. I trzeba to umieć szybko wykorzystać, błyskawicznie powiązać fakty, być dobrym obserwatorem. Trzeba też mieć siłę, krzepę, wytrzymałość i odporność – na stres, niewyspanie, przepracowanie. I umieć rozmawiać z ludźmi¹¹. Wydaje się, że uprawniony jest wniosek, iż pandemia w pewien sposób wymusiła na przedstawicielach personelu medycznego dodatkowe, czasami nadmiernie obciążające, psychicznie i fizycznie, działania, których nie mogli oni odmówić z uwagi na spoczywające na nich obowiązki zawodowe. Konieczność zabezpieczenia się przed wirusem, strach przed zachorowaniem, duża liczba osób zarażonych wymagających pomocy, niewydolny system, stres i przepracowanie spowodowały, że określone zawody medyczne, a wraz z nimi personel administracyjny placówek ochrony zdrowia stanęli przez wyzwaniami wymagającymi działań supererogacyjnych. Po to, aby sprostać wyzwaniom pandemii COVID-19, personel musiał wziąć na siebie dodatkowe obowiązki wraz z fizycznymi i psychicznymi obciążeniami. Paweł Nester, wyróżniony w plebiscycie, stwierdza: „Wiele razy trochę się dziwiliśmy, dlaczego niektórzy pacjenci – wsiadając do karetki o własnych siłach, w stosunkowo dobrym samopoczuciu – żegnają się z rodzinami tak, jakby mieli już ich nigdy nie spotkać? A potem okazywało się, że ten moment naprawdę był ostatnim, w którym się widzieli¹². Tego rodzaju perspektywa niewątpliwie

⁹ Bohaterowie pandemii – KPR – Krakowskie Pogotowie Ratunkowe [dostęp: 11.07.2022].

¹⁰ Ratownicy medyczni. Cisi bohaterowie pandemii, <https://plus.gazetakrakowska.pl> [dostęp: 11.07.2022].

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

wywołuje pytania o przyszłość rozwoju pandemii oraz wpływa na poczucie niepewności, co wymaga dużej odporności na stres. Autorka wywiadu z wyróżnionymi ratownikami w następujący sposób relacjonuje podejście jednego z nich: „To brzmi jak banał, ale tę pracę naprawdę wybiera się po to, żeby pomagać ludziom. Krzysztof Krzemień miał 15 lat, gdy jego tata umarł na chorobę nowotworową. Wcześniej leżał długo w szpitalach. Chłopak naoglądał się chorych, cierpiących, zdezorientowanych i wystraszonych pacjentów. Chyba właśnie wtedy – tak mu się wydaje – zrodziła się w nim potrzeba, żeby pomagać. Jeszcze chwilę z tym walczył, wykształcił się na mechanika samochodowego. – Pewnie byłoby prościej, ale cały czas ciągnęło mnie w innym kierunku. I tak przekwalifikowałem się z mechanika samochodowego na ludzkiego – uśmiecha się”¹³. Wypowiedź ta potwierdza motywację osób wybierających zawody medyczne, wśród których „pomaganie innym ludziom” jest jednym z kluczowych powodów decydujących o wyborze profesji¹⁴. Tego rodzaju działalność dla wielu pracowników stanowi swego rodzaju misję, powołanie życiowe, z którym się identyfikują. Stąd postawy supererogacyjne, a nawet heroiczne są w tych zawodach wpisane w ich etos, co znajduje wyraz w kodeksach etyk zawodowych.

Obowiązek pracy i działania supererogacyjne w świetle obowiązującego prawa

W początkowej fazie pandemii, kiedy w szpitalach brakowało indywidualnych środków ochrony dla pracowników i w warunkach zwalczania epidemii COVID-19, Ogólnopolski Związek Zawodowy Pielęgniarek i Położnych zwrócił się do Rzecznika Praw Obywatelskich (RPO) z prośbą o zajęcie stanowiska w następującej kwestii: czy w sytuacji niezapewnienia przez pracodawcę odzieży ochronnej i środków ochrony indywidualnej, pracownicy medyczni mogą powstrzymać się od wykonywania pracy. To pytanie jest kluczowe dla odróżnienia wykonywania obowiązków zawodowych od czynów supererogacyjnych, czyli ponadobowiązkowych i, jak zostało stwierdzone, dobrowolnych. W momencie przyzwolenia na narażanie zdrowia i życia personelu przez pracodawcę niezapewniającego bezpiecznych warunków pracy, niemożność powstrzymania się od wykonywania pracy przez pracowników nadaje czynom heroicznym, jakimi niewątpliwie stałyby się wówczas obowiązki związane z leczeniem i opieką, znamiona przymusu, nie pozwala na wyznaczanie granic obowiązków zawodowych, prywatności oraz autonomii.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Zob. A. Czerw, A. Borkowska, *Praca zawodowa jako obszar realizowania misji społecznej*, „Psychologia Społeczna” 2010, nr 54(15), s. 303-315.

Podstawą prośby był art. 210, ust. 1, 2, 5 Kodeksu pracy (k.p.)¹⁵: w razie gdy warunki pracy nie odpowiadają przepisom bezpieczeństwa i higieny pracy i stwarzają bezpośrednie zagrożenie dla zdrowia lub życia pracownika albo gdy wykonywana przez niego praca grozi takim niebezpieczeństwem innym osobom, pracownik ma prawo powstrzymać się od wykonywania pracy, zawiadamiając o tym niezwłocznie przełożonego (art. 210, ust. 1 k.p.). W ust. 2 zawarte zostało prawo pracownika do oddalenia się z miejsca zagrożenia, po niezwłocznym powiadomieniu przełożonego, jeżeli powstrzymanie się od wykonywania pracy nie usuwa zagrożenia, o którym mowa w ust. 1. Natomiast ust. 5 zawiera wskazanie, że ust. 1, 2 nie dotyczą pracownika, którego obowiązkiem pracowniczym jest ratowanie życia ludzkiego lub mienia.

Wstępna ocena RPO była korzystna dla personelu medycznego z uwagi na fakt, że warunki pracy, w przypadku leczenia chorób zakaźnych, muszą odpowiadać przepisom bezpieczeństwa i higieny pracy, a w sytuacjach, kiedy stwarzają bezpośrednie zagrożenie dla zdrowia lub życia pracownika, ma on prawo powstrzymać się od wykonywania pracy, niezwłocznie zawiadamiając o tym przełożonego¹⁶. W myśl przedstawionego przez RPO stanowiska, personel medyczny ma obowiązek podejmować działania zapobiegające szerzeniu się zakażeń i chorób zakaźnych. Zgodnie z Kodeksem wykroczeń (k.w.) nieprzestrzeganie zakazów, nakaźów, ograniczeń lub obowiązków określonych w przepisach o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi lub w przepisach o Państwowej Inspekcji Sanitarnej albo nieprzestrzeganie decyzji wydanych na podstawie tych przepisów przez organy inspekcji sanitarnej, podlega karze grzywny albo karze nagany (art. 116, ust. 1, pkt 2 k.w.)¹⁷. Z jednej strony więc personel medyczny jest zobowiązany do przestrzegania zasad bezpieczeństwa pracy. Z drugiej natomiast to po stronie pracodawcy leży obowiązek zapewnienia pracownikom bezpieczeństwa i higieny pracy. Pracodawca nie ma prawa wymagać od pracowników postaw heroicznych oraz narażania ich życia i zdrowia w ramach obowiązków pracowniczych. Dodatkowo przepisy ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi stanowią, że kierownicy zakładów opieki zdrowotnej oraz inne osoby udzielające świadczeń zdrowotnych są zobowiązani do podejmowania działań zapobiegających szerzeniu się zakażeń i chorób zakaźnych (art. 11, ust. 1). Działania te obejmują m.in. stosowanie środków ochrony indywidualnej i zbiorowej w celu zapobieżenia przeniesieniu na inne osoby biologicznych czynników chorobotwórczych (art. 11, ust. 2, pkt 4)¹⁸. Nieprzestrzeganie tego obowiązku przez

¹⁵ Dz.U. z 1974 r., Nr 24, poz. 141.

¹⁶ III.7050.10.2020.LN.

¹⁷ Dz.U. z 2021 r., t.j. Dz.U. z 2008 r.

¹⁸ Dz.U., Nr 234, poz. 1570.

pracodawcę może podlegać odpowiedzialności karnej z art. 165, ust. 1, pkt 1: kto spowoduje niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia wielu osób albo dla mienia w wielkich rozmiarach: 1) powodując zagrożenie epidemiologiczne [...] podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8¹⁹. Po zajęciu wstępnego stanowiska RPO wystąpił o opinię do Głównego Inspektora Pracy (GIP).

W odpowiedzi na prośbę RPO, GIP powołał się na art. 207, ust. 1 i 2 oraz na art. 209², 209³ i 210 k.p., zgodnie z którymi to pracodawca ponosi odpowiedzialność za stan bezpieczeństwa i higieny pracy w zakładzie pracy²⁰. Na zakres odpowiedzialności pracodawcy nie wpływają obowiązki pracowników w dziedzinie bezpieczeństwa i higieny pracy oraz powierzenie wykonywania zadań służby bezpieczeństwa i higieny pracy specjalistom spoza zakładu pracy (ust. 1 k.p.). Pracodawca jest obowiązany chronić zdrowie i życie pracowników przez zapewnienie bezpiecznych i higienicznych warunków pracy przy odpowiednim wykorzystaniu osiągnięć nauki i techniki. W szczególności pracodawca jest obowiązany reagować na potrzeby w zakresie zapewnienia bezpieczeństwa i higieny pracy oraz dostosowywać środki podejmowane w celu doskonalenia istniejącego poziomu ochrony zdrowia i życia pracowników, biorąc pod uwagę zmieniające się warunki wykonywania pracy (ust. 2, pkt 3 k.p.). W przypadku możliwości wystąpienia zagrożenia dla zdrowia lub życia pracodawca jest obowiązany: niezwłocznie poinformować pracowników o tych zagrożeniach oraz podjąć działania w celu zapewnienia im odpowiedniej ochrony oraz niezwłocznie dostarczyć pracownikom instrukcje umożliwiające, w przypadku wystąpienia bezpośredniego zagrożenia, przerwanie pracy i oddalenie się z miejsca zagrożenia w miejsce bezpieczne (art. 209², ust. 1 k.p.). W razie wystąpienia bezpośredniego zagrożenia dla zdrowia lub życia pracodawca jest obowiązany: wstrzymać pracę i wydać pracownikom polecenie oddalenia się w miejsce bezpieczne, a także do czasu usunięcia zagrożenia nie wydawać polecenia wznowienia pracy (art. 209², ust. 2 k.p.). Pracodawca jest obowiązany umożliwić pracownikom, w przypadku wystąpienia bezpośredniego zagrożenia dla ich zdrowia lub życia albo dla zdrowia lub życia innych osób, podjęcie działań w celu uniknięcia niebezpieczeństwa – nawet bez porozumienia z przełożonym – na miarę ich wiedzy i dostępnych środków technicznych (art. 209³, ust. 1 k.p.). Pracownicy, którzy podjęli działania, o których mowa w ust. 1, nie mogą ponosić jakichkolwiek niekorzystnych konsekwencji tych działań, pod warunkiem że nie zaniedbali swoich obowiązków (art. 209³, ust. 2 k.p.).

Przepis art. 210 k.p., na który powołał się Ogólnopolski Związek Zawodowy Pielęgniarek i Położnych w swoim zapytaniu do RPO, także odgrywa istotną rolę

¹⁹ T.j. Dz.U. z 2022 r., poz. 1138.

²⁰ UNP:GIP-20-27288.

w dyskutowanej kwestii praw pracowniczych, jednak, jak już zostało wspomniane, przepisy te nie dotyczą pracownika, którego obowiązkiem pracowniczym jest ratowanie życia ludzkiego lub mienia. Niemniej jednak, jak wskazuje GIP, pracownik jest obowiązany wykonywać pracę sumiennie i starannie oraz stosować się do poleceń przełożonych, które dotyczą pracy, jeżeli nie są one sprzeczne z przepisami prawa lub umową o pracę (art. 100, ust. 1 k.p.). Jakkolwiek wykonywanie pracy odbywa się w oznaczonym czasie i miejscu pod kierownictwem pracodawcy, co decyduje o tym, że zasady bezpieczeństwa i higieny pracy powinny zostać pracownikom zapewnione, to jednak pracownik, który powstrzymuje się od wykonywania pracy bez porozumienia z pracodawcą, musi liczyć się z ewentualnymi tego konsekwencjami i to jedynie sąd w procesie wytoczonym z powództwa pracowników mógłby ewentualnie uznać bądź odrzucić ich racje. Inspektor pracy nie dysponuje narzędziami prawnymi, aby powstrzymać pracodawcę przed podjęciem decyzji o ukaraniu pracowników powstrzymujących się od pracy z powodu pandemii COVID-19. GIP stwierdza: „Nieuzasadnione powstrzymanie się od wykonywania pracy nie daje jednak pracownikowi takiej ochrony i może być postrzegane jako naruszenie podstawowych obowiązków pracowniczych”²¹. Wynika stąd, że przepisy, rozporządzenia i akty prawne opracowywane w czasie pandemii COVID-19 nie zawieszają obowiązujących regulacji, a ewentualne powstrzymanie się od wykonywania pracy przez pracownika powinno być wnikliwie ocenione przez pracodawcę w świetle realnego zagrożenia zakażenia patogenem SARS-CoV-2. GIP potwierdza także stanowisko RPO, że to pracodawca ma obowiązek zapewnić pracownikom bezpieczne i higieniczne warunki pracy i niewywiązywanie się z tego obowiązku może mieć konsekwencje w postaci odpowiedzialności wykroczeniowej (art. 283 k.p.) bądź karnej (art. 220 k.k.). Dodaje także, że ocena faktycznego narażenia pracowników zakładów opieki zdrowotnej musi odbywać się w drodze kontroli, za co odpowiada Powiatowy i Wojewódzki Inspektor Sanitarny²².

Przepisy prawa ograniczają obowiązek leczenia i opieki bezpieczeństwem pracowników, chroniąc w ten sposób aktualnych, a także potencjalnych pacjentów przed utratą zarówno ich własnego poczucia bezpieczeństwa (personel nie może jednocześnie świadczyć usług medycznych i transmitować chorób zakaźnych), a także profesjonalnej opieki (na wypadek, gdyby choroby zakaźne okazały się na tyle groźne, że zaczęłyby dziesiątkować personel).

²¹ UNP:GIP-20-27288, s. 3.

²² Dz.U. z 2019 r., poz. 1239 ze zm.

Obowiązki zawodowe w kontekście raportów z badań przeprowadzonych w okresie pandemii COVID-19

Z raportów przywołanych poniżej wyłania się o wiele bardziej skomplikowany obraz sytuacji personelu medycznego w dobie pandemii COVID-19, niż ma to odzwierciedlenie w zasadach etycznych i regulacjach prawnych. Na pierwszy plan wysuwają się kwestie organizacyjne mające bezpośredni wpływ na jakość świadczonych usług oraz na satysfakcję pracowników z wykonywanej pracy. W ekspertyzie „Ostatni zgasi światło. Nastroje polskich lekarzy w postpandemicznej rzeczywistości” autorzy wskazali na konsekwencje pandemii w systemie ochrony zdrowia w zakresie zarządzania personelem lekarskim²³. Zwrócono uwagę na fakt, że w czasie pandemii lekarze i personel pielęgniarski pełnili funkcję ratowników w stosunku do pacjentów z uwagi na tego rodzaju zapotrzebowanie²⁴. Dodatkowo lekarzom nieposiadającym specjalizacji w zakresie chorób zakaźnych lub anestezjologii nadano możliwość oddelegowania do placówek, na okres do trzech miesięcy, zgodnie z zapotrzebowaniem. Lekarze dentyści również otrzymali dodatkowe uprawnienia, takie jak: badanie stanu zdrowia, rozpoznawanie chorób, udzielanie porad lekarskich²⁵. Pandemia COVID-19 przyczyniła się do poszerzenia kompetencji zawodów medycznych, czego przykładem mogą być uprawnienia uzyskane w trybie odbycia szkolenia do wykonywania szczepień przeciwko COVID-19, które otrzymali farmaceuci, fizjoterapeuci, diagnosty laboratoryjni²⁶, oraz pokazała konieczność wzmacniania i budowania zespołów medycznych współpracujących ze sobą, co zwiększa efektywność opieki nad pacjentami²⁷.

W raporcie badani wskazali także na fakt, że niedobory wśród pracowników personelu medycznego wpływają na przemęczenie lekarzy, na jakość udzielanych świadczeń oraz ograniczają pacjentom dostępność do świadczeń. Największy deficyt dotyczył również m.in. testów na obecność SARS-CoV-2 wśród osób bliskich pracownikom, dodatkowego wynagrodzenia, rekompensaty finansowej za nieobecność chorobową skutkującą wypłatą 80% wynagrodzenia, zapewnienia posiłków, działań na rzecz wzmocnienia pracy zespołowej, pomocy psychologicznej w miejscu pracy²⁸.

²³ Ostatni zgasi światło. Nastroje polskich lekarzy w postpandemicznej rzeczywistości, raport przygotowany pod kierownictwem B. Buchelt, we współpracy z I. Kowalska-Bobko, T. Masłyk oraz z Naczelną Izbą Lekarską, Małopolska Szkoła Administracji Publicznej, Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie, Kraków 2021, s. 4-5.

²⁴ *Ibidem*, s. 7.

²⁵ Dz.U. z 2020 r., poz. 1493; Dz.U. z 2020 r., poz. 2401.

²⁶ Dz.U. z 2021 r., poz. 293.

²⁷ Ostatni zgasi światło..., s. 11.

²⁸ *Ibidem*, s. 27.

Największe oczekiwania lekarzy w zakresie ewentualnego wsparcia zawodowego redukującego niedobór pracowników są związane z pomocą ze strony personelu pielęgniarskiego i położniczego oraz asystentów lekarzy. Wsparcie administracyjne mogłoby zostać udzielone także przez sekretarki medyczne, asystentów lekarzy oraz specjalistów do zarządzania personelem zatrudnianych przez podmioty lecznicze²⁹. Pomocne okazuje się również wprowadzenie i korzystanie z usług telemedycznych tam, gdzie to możliwe³⁰.

Autorzy raportu zarekomendowali wprowadzenie następujących rozwiązań: przyspieszenie działań legislacyjnych związanych z nadawaniem nowych uprawnień w poszczególnych zawodach medycznych, dalsze uposażanie pielęgniarek w czynności medyczne powiązane z odpowiednią gratyfikacją, faktyczne wprowadzenie do systemu ochrony zdrowia w Polsce zawodu asystenta lekarza oraz HR Business Partnera, tj. specjalisty ds. zarządzania zasobami ludzkimi w ochronie zdrowia³¹.

Zasadniczymi kwestiami analizowanymi w raporcie były także: przemęczenie lekarzy i personelu medycznego związane z niedoborami kadrowymi oraz plany zawodowe uwzględniające emigrację, ograniczenie godzin pracy, zmianę zawodu. Organizacja pracy w pandemii COVID-19 mogła znacząco wpłynąć na decyzje personelu medycznego w kwestii planowania dalszych etapów kariery zawodowej. Ponadto wzrost agresji i hejtu w stosunku do tej grupy zawodowej, zarówno w kontakcie bezpośrednim, jak i w internecie, uwzględniający zachowania, takie jak: negatywne albo agresywne komentarze bądź zachowania skierowane bezpośrednio do personelu czy osób im bliskich (małżonków, partnerów, dzieci), wymaga wprowadzenia odpowiednich regulacji prawnych zapewniających poczucie bezpieczeństwa oraz umożliwiających skuteczną i efektywną ochronę pracowników w przestrzeni publicznej (możliwość identyfikacji, rekompensaty za poniesione szkody, akcje informacyjne, kary itp.)³².

W zakresie wdrażanych rozwiązań systemowych lekarze pozytywnie odnieśli się do dodatkowej gratyfikacji finansowej oraz do poszerzenia uprawnień innych zawodów medycznych. Natomiast przymusowe oddelegowania do pracy w szpitalach covidowych spotkało się z negatywną oceną, w szczególności ze strony lekarzy specjalistów. W raporcie zawarte zostało wyjaśnienie negatywnego nastawienia: „Przy oddelegowaniu nie brano pod uwagę ani sytuacji zawodowej, ani rodzinnej oddelegowanych. W przyszłości należy zatem w miarę możliwości partycypacyjne, ale i z odpowiednim wyprzedzeniem czasowym planować rotacje personelu

²⁹ Dz.U. z 2011 r., Nr 151, poz. 896.

³⁰ Ostatni zgasi światło..., s. 11-14.

³¹ *Ibidem*, s. 14.

³² *Ibidem*, s. 15-24. Więcej na temat „hejtu” oraz „mowy nienawiści” można przeczytać w: I. Dąbrowska, *Internetowy hejt wobec chorych oraz pracowników służby zdrowia w czasach pandemii wirusa SARS-CoV-2 w Polsce*, „Media-Kultura-Komunikacja Społeczna” 2021, nr 17, s. 89-103.

medycznego, zwłaszcza lekarzy w systemie ochrony zdrowia. Niewątpliwie istotnym aspektem, determinującym takie działania, powinien być wiek i płeć przemieszczanych pracowników. Należy bowiem pamiętać, że zawód lekarza jest coraz bardziej sfeminizowany, a to w naturalny sposób determinuje potrzebę większego zaangażowania w życie osobiste (rodzinne)³³.

Przywołany raport wskazuje, z jednej strony, na konieczność rozwiązań systemowych zapewniających personelowi bezpieczne wywiązywanie się z obowiązku leczenia i opieki nad pacjentami. Z drugiej zaś ujawnia trudną prawdę o narażeniu pracowników na konieczność podejmowania działań pod przymusem, co mogło wywoływać cierpienie i ból oraz prowadzić do poczucia szkody moralnej. Rekomendacje autorów ekspertyzy dotyczą rozwiązań systemowych niezbędnych do zapewnienia pracownikom bezpieczeństwa i poczucia kontroli nad podejmowanymi działaniami w ramach zawodowych obowiązków.

W kolejnym raporcie dotyczącym opieki okołoporodowej podczas pandemii COVID-19 obciążenie pracą w czasie pandemii, dłuższy czas wykonywania zadań w związku z większą liczbą procedur zabezpieczających przed zakażeniem oraz stres wskazywane było przez personel jako utrudnienie w pracy. Wyniki ekspertyzy wskazują także na brak możliwości wzięcia przez personel udziału w szkoleniach poświęconych metodom radzenia sobie ze stresem. Położne w porównaniu z lekarzami częściej uznawały, że system ochrony zdrowia je zawiódł. Częściej także niż lekarze nie mogły wziąć urlopu w związku z wykonywaną w czasie pandemii pracą, a także miały odparzenia i zmiany skórne związane ze stosowaniem środków ochrony osobistej. Większość respondentów zadeklarowała również brak wsparcia psychologicznego oraz finansowego³⁴.

Prawidłowa logistyka okazuje się kluczowa w zapewnieniu optymalnych warunków pracy w systemie ochrony zdrowia i to dobra organizacja pracy chroni pracowników przed poczuciem szkody moralnej oraz zbytnim obciążeniem obowiązkami zawodowymi. Przykłady nieprawidłowej organizacji w pandemii pokazują, w jak dużym stopniu wpływa ona na jakość świadczenia usług medycznych. W tekście warto wspomnieć między innymi tworzenie oddziałów covidowych bez zweryfikowania warunków technicznych placówek (m.in. prawidłowego systemu wentylacji), braki w zapewnieniu wystarczającej ochrony osobistej w przypadku podejrzenia zakażenia COVID-19 w trakcie udzielania przez personel medycznych czynności, przepełnienie szpitali w regionach, gdzie występowała wysoka liczba zakażeń w kierunku COVID-19, z jednoczesnym niskim wskaźnikiem osób za-

³³ Ostatni zgasi światło..., s. 25.

³⁴ Opieka okołoporodowa podczas pandemii COVID-19 w świetle doświadczeń kobiet i personelu medycznego. Raport, oprac. A. Doroszevska, red. I. Adamska i in., Fundacja Rodzić po Ludzku, Warszawa 2021, s. 10-12.

szczepionych, przekształcanie regularnych oddziałów szpitalnych w covidowe, co niejednokrotnie odbywało się kosztem innych pacjentów i skutkowało niezapewnieniem adekwatnej opieki pacjentom w stanie nagłym, w szczególności w przypadku problemów kardiologicznych, nadciśnienia, stomatologicznych, a także osób posiadających przewlekłe choroby i cierpiących onkologicznie oraz wymagających niezwłocznie rehabilitacji, brak koordynacji działań pomiędzy pogotowiem a szpitalem, niewystarczająca organizacja w przekazywaniu pacjentom informacji o miejscach, w których można otrzymywać świadczenia, niedostatek respiratorów, braki kadrowe, niedofinansowanie sektora zdrowotnego³⁵.

W pandemii kwestie, takie jak organizacja odwiedzin pacjentów małoletnich przebywających na oddziałach pediatrycznych (i innych oddziałach szpitalnych) przez ich rodziców lub opiekunów, organizacja odwiedzin pacjentów przebywających w szpitalach psychiatrycznych i innych podmiotach leczniczych udzielających opieki psychiatrycznej i leczenia uzależnień, odwiedzin w szczególnych przypadkach, takich jak wizyta pożegnalna pacjenta chorego terminalnie, nie zostały wystarczająco uregulowane³⁶. Wymienione przykłady nieprawidłowości i deficytów pokazują, że umiejętności zarządzania kryzysem są kluczowe w zarządzaniu systemem ochrony zdrowia.

Autorzy przywoływanego już doniesienia *Ostatni zgasi światło...* wskazują na fakt, że kondycja psychiczna personelu lekarskiego w 2021 r. uległa pogorszeniu w stosunku do roku poprzedniego. Badani wskazywali na doświadczane przez nich emocje i stany, takie jak obawy o zdrowie i życie swoich bliskich, przeciążenie psychiczne, stres lub napięcie psychiczne, towarzyszący niepokój, przemęczenie, bezradność, niechęć do kontynuowania pracy³⁷. Część badanych wskazała również na przydatność interwencji psychologicznych, co jest także obecne w innych raportach, na przykład w badaniach „Pracownicy ochrony zdrowia w trakcie pandemii”, w których zespół pod kierownictwem prof. Pawła Holasa stwierdził, że „zdolność do przeżywania współczucia do siebie mogła chronić pracowników ochrony zdrowia przed doświadczaniem objawów depresji w czasie pandemii COVID-19. Pielęgniarki/pielęgniarze przejawiali najwyższy poziom zarówno obaw (poczucia zagrożenia), jak i depresyjności oraz lęku uogólnionego (istotnie wyższy niż lekarze); co ciekawe, przejawiali jednak istotnie więcej pozytywnych

³⁵ Ł. Kosiedowski i in., *Raport RPO na temat pandemii. Doświadczenia i wnioski*, red. P. Mierzejewski, Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, Warszawa 2021, s. 23–26.

³⁶ Rekomendacje Ministerstwa Zdrowia i Głównego Inspektoratu Sanitarnego dotyczące organizacji odwiedzin pacjentów przebywających na oddziałach szpitalnych w okresie epidemii COVID-19 w związku z postępowaniem realizacji Narodowego Programu Szczepień przeciw COVID-19, Warszawa 6 września 2021 r.

³⁷ *Ostatni zgasi światło...*, s. 28–31.

emocji niż lekarze/lekarzki³⁸. Dodatkowo raport *Health at a Glance* opracowany przez Organizację Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD) we współpracy z Komisją Europejską wskazuje na ogromny wpływ pandemii na zdrowie psychiczne populacji. Stany lękowe i depresję diagnozowano ponad dwukrotnie częściej w większości krajów z dostępnymi danymi, m.in. w Meksyku, Wielkiej Brytanii, Stanach Zjednoczonych³⁹. W oparciu o dane z raportów dotyczących jakości usług medycznych w dobie pandemii COVID-19 należy stwierdzić, że programy zapewniające stałe wsparcie psychologiczne dla personelu doświadczającego napięć, niepokoju, stresu czy wypalenia zawodowego powinny stać się nieodłącznym elementem wsparcia pracowników w zawodach medycznych.

Jeżeli chodzi o pozytywne aspekty opieki okołoporodowej podczas pandemii COVID-19 w świetle doświadczeń kobiet i personelu medycznego z 2021 roku, to autorzy wskazują na możliwość większego w stosunku do lat poprzednich zaangażowania personelu w opiekę nad pacjentkami w zakresie podejmowania przez personel z własnej inicjatywy uczenia pielęgnacji dziecka, nauki karmienia piersią. W ekspertyzie czytamy: „Można odnieść wrażenie, że w czasie pandemii personel bardziej angażował się w opiekę nad pacjentkami [...] Może to wynikać ze świadomości personelu, że ze względu na ograniczenia w obecności osób bliskich na oddziałach położniczych kobiety nie mogły liczyć na wsparcie najbliższych i są całkowicie zdane na opiekę personelu⁴⁰. Warto także podkreślić, że, z jednej strony, relacje personelu z pacjentkami na oddziałach położniczych poprawiły się ze względu na poczucie wspólnoty w trudnej sytuacji, w jakiej obie strony się znalazły. Z drugiej strony, personel był zdania, że relacje pogorszyły się ze względu na duże obciążenie personelu pracą, procedury wprowadzone w celu zabezpieczenia przed zakażeniem, które ograniczyły do minimum czas spędzany z kobietą oraz konieczność noszenia środków ochrony osobistej i maseczek, co utrudniało komunikację z pacjentkami⁴¹. Podsumowując, w czasie pandemii COVID-19 opieka okołoporodowa opierała się na zaleceniach i rekomendacjach wydawanych przez krajowych konsultantów, towarzystwa oraz stowarzyszenia skupiające lekarzy, pielęgniarki i położne. Niemniej, w opinii autorów przywoływanego raportu, to Ministerstwo Zdrowia powinno wziąć odpowiedzialność za przygotowanie wytycznych oraz ko-

³⁸ Pracownicy ochrony zdrowia w trakcie pandemii. Raport nr 21 z badania przeprowadzonego na Wydziale Psychologii Uniwersytetu Warszawskiego podczas epidemii COVID-19 w 2020 r., s. 2-3.

³⁹ OECD, *Health at a Glance*, OECD Indicators, OECD Publishing, Paris 2021, <https://doi.org/10.1787/ae3016b9-en>, s. 98-99.

⁴⁰ Opieka okołoporodowa podczas pandemii..., s. 9.

⁴¹ *Ibidem*, s. 12-13.

ordynację tego rodzaju opieki zgodnie ze standardami okołoporodowymi⁴² oraz literą obowiązującego prawa, uwzględniając pandemiczne ograniczenia⁴³.

Na koniec warto dodać parę wskazówek na temat wskaźników satysfakcji z pracy personelu medycznego. W przypadku lekarzy obu płci składają się na nią przede wszystkim: zapewnienie przez pracodawcę rozwoju specjalistycznego w ramach szkoleń organizowanych poza miejscem pracy, wykonywanie pracy na dobrze przygotowanym stanowisku (wyposażenie placówki oraz kompetentny zespół) oraz autonomii w pracy. Niebagatelną rolę odgrywa także satysfakcjonujące wynagrodzenie za pracę oraz kompetencje menedżerskie bezpośredniego przełożonego⁴⁴. Ten ostatni czynnik został także wskazany jako kluczowy dla zapobiegania zmniejszania liczby osób pracujących w zawodach pielęgniarskich i położniczych oraz dla zachęcenia osób młodych do studiowania i pracy w tym zawodzie w Polsce⁴⁵. W przypadku ratowników medycznych czynnikiem wynagrodzenia, możliwość zdobywania nowych kwalifikacji oraz optymalna organizacja pracy także odgrywają znaczącą rolę w wyborze i wykonywaniu tego zawodu. Dodatkowo ustanowienie samorządu tej grupy zawodowej jako instytucji stanowiącej wspólną reprezentację całej profesji oraz kompleksowe uregulowanie wykonywania zawodu ratownika medycznego poprawiłoby wizerunek tej profesji w odbiorze społecznym, a także zapewniłoby większe poczucie bycia docenionymi i szanowanymi wśród samych ratowników⁴⁶.

Konkluzja

Zasadniczym wnioskiem, jaki płynie z przedstawionych analiz, jest konieczność wprowadzenia rozwiązań systemowych zapewniających personelowi bezpieczne wywiązywanie się z ciężącego na nich obowiązku leczenia i opieki nad pacjentami. Składają się na nie: konieczność poszerzania kompetencji zawodów medycznych powiązane z odpowiednią gratyfikacją oraz wzmacnianie i budowanie zespołów medycznych współpracujących ze sobą, faktyczne wprowadzenie do systemu ochrony zdrowia zawodu asystenta lekarza, sekretarki medycznej oraz HR Business Partnera, tj. specjalisty ds. zarządzania zasobami ludzkimi w ochronie zdrowia, ustanowienie samorządu ratowników medycznych jako instytucji stanowiącej wspólną reprezentację całej profesji oraz kompleksowe uregulowanie wykonywania tego zawodu, implementacja odpowiednich regulacji prawnych umożliwiających skuteczną i efektywną ochronę pracowników przed przejawami agresji w przestrzeni

⁴² Dz.U. z 2018 r., poz. 1756.

⁴³ Opieka okołoporodowa podczas pandemii..., s. 18-19.

⁴⁴ Ostatni zgasi światło..., s. 32-34.

⁴⁵ Pielęgniarka, położna zawody deficytowe w polskim systemie ochrony zdrowia. Raport Naczelnej Rady Pielęgniarek i Położnych, Warszawa 2022, s. 14.

⁴⁶ V.7010.155.2020.GH; DSZ.054.587.2020.BJ.

publicznej, zapewnienie systemowego wsparcia psychologicznego, wystarczające uregulowanie organizacji odwiedzin pacjentów małoletnich przebywających na oddziałach pediatrycznych, w szpitalach psychiatrycznych i innych podmiotach leczniczych udzielających opieki psychiatrycznej i leczenia uzależnień, odwiedzin w szczególnych przypadkach, takich jak wizyta pożegnalna pacjenta chorego terminalnie w świetle obostrzeń związanych z epidemią i pandemią, przygotowanie przez Ministerstwo Zdrowia wytycznych oraz koordynację opieki okołoporodowej zgodnie ze standardami oraz literą obowiązującego prawa, uwzględniając pandemiczne ograniczenia. Zgodnie z obowiązującymi regulacjami pracodawca powinien zapewnić bezpieczne i higieniczne warunki pracy przy odpowiednim wykorzystaniu osiągnięć nauki i techniki w taki sposób, aby pracownicy mogli realizować swoje obowiązki zawodowe. Brak tego rodzaju zabezpieczeń w miejscu pracy wymusza na pracownikach podejmowanie działań ryzykownych, obciążając dodatkowym stresem. Pomimo tego, że poczucie misji oraz postawy supererogacyjne zostały wpisane w etos personelu medycznego, to zarówno jeden, jak i drugi aspekt musi mieć charakter dobrowolny po to, aby zagwarantować pracownikom poczucie bezpieczeństwa i satysfakcji z wykonywanej pracy.

Literatura

- Beauchamp T.L., Childress J.F., *Zasady etyki medycznej*, przeł. W. Jacórzyński, Warszawa 1996.
- Bohaterowie pandemii* – KPR – Krakowskie Pogotowie Ratunkowe.
- Cox C.L., *‘Healthcare Heroes’: problems with media focus on heroism from healthcare workers during the COVID-19 pandemic*, „Journal of Medical Ethics” 2020, nr 46.
- Czerw A., Borkowska A., *Praca zawodowa jako obszar realizowania misji społecznej*, „Psychologia Społeczna” 2010, nr 54(15).
- Dąbrowska I., *Internetowy hejt wobec chorych oraz pracowników służby zdrowia w czasach pandemii wirusa SARS-CoV-2 w Polsce*, „Media–Kultura–Komunikacja Społeczna” 2021, nr 17.
- Farnsworth J.K., Drescher K.D., Evans W., Walser R.D., *A functional approach to understanding and treating military-related moral injury*, „Journal of Contextual Behavioral Science” 2017, nr 6.
- Kosiedowski Ł., Schabowski T., Żmudka M., Heleniak G., Koczorowska J., Talma-Pogrzebska E., Bogucka A., Bereda-Łabędź K., Góźdź E., Czarkowska M., *Raport RPO na temat pandemii. Doświadczenia i wnioski*, red. P. Mierzejewski, Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, Warszawa 2021.
- Litz B.T., Stein N., Delaney E., Lebovitz L., Nash W.P., Silva C., Maguen S., *Moral injury and moral repair in war veterans: a preliminary model and intervention strategy*, „Clinical Psychology Review” 2009, nr 29.
- OECD, *Health at a Glance*, Paris 2021, <https://doi.org/10.1787/ae3016b9-en>.
- Opieka okołoporodowa podczas pandemii COVID-19 w świetle doświadczeń kobiet i personelu medycznego. Raport, oprac. A. Doroszevska, red. I. Adamska, B. Baranowska, A. Doroszevska, J. Pietrusiewicz, M. Godlewska, D. Kuźnicka-Błaszowska, A. Kwiatek-Kucharska, Fundacja Rodzić po Ludzku, Warszawa 2021.

- Ostatni zgasi światło. Nastroje polskich lekarzy w postpandemicznej rzeczywistości, raport przygotowany pod kierownictwem B. Buchelt, we współpracy z I. Kowalska-Bobko, T. Masłyk oraz z Naczelną Izbą Lekarską, Małopolska Szkoła Administracji Publicznej, Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie, Kraków 2021.
- Pracownicy ochrony zdrowia w trakcie pandemii. Raport nr 21 z badania przeprowadzonego na Wydziale Psychologii Uniwersytetu Warszawskiego podczas epidemii COVID-19 w 2020 r., Warszawa 2020.
- Raport Naczelnej Rady Pielęgniarek i Położnych. Pielęgniarka, położna zawody deficytowe w polskim systemie ochrony zdrowia, Warszawa 2022.
- Ratownicy medyczni. Cisi bohaterowie pandemii* – plus.gazetakrakowska.pl [dostęp: 11.07.2022]
- Rekomendacje Ministerstwa Zdrowia i Głównego Inspektoratu Sanitarnego dotyczące organizacji odwiedzin pacjentów przebywających na oddziałach szpitalnych w okresie epidemii COVID-19 w związku z postępowaniem realizacji Narodowego Programu Szczepień przeciw COVID-19, Warszawa 6 września 2021 r.
- Williamson V., Murphy D., Greenberg N., *COVID-19 and experiences of moral injury in frontline key worker*, „Occupational Medicine” 2020, nr 70, nr 5.
- Wytyczne przeciwepidemiczne – Koronawirus SARS-CoV-2 - Główny Inspektorat Sanitarny - Portal Gov.pl (www.gov.pl).
- Aktualizacja wytycznych do stosowania przez pielęgniarki POZ w czasie epidemii wirusa SARS-CoV-2 - Ministerstwo Zdrowia - Portal Gov.pl (www.gov.pl).

Joanna Zdanowska

Uniwersytet Zielonogórski

ORCID 0000-0001-7921-8974

j.zdanowska@wpa.uz.zgora.pl

Rola zdrowia publicznego w zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych

Słowa kluczowe: zdrowie publiczne, bezpieczeństwo zdrowotne, zapobieganie, zwalczanie chorób zakaźnych

Streszczenie. Zdrowie publiczne jest gwarantem bezpieczeństwa zdrowotnego obywateli zarówno na poziomie indywidualnym, jak i zbiorowym. Celem artykułu jest wskazanie roli zdrowia publicznego, jaką zgodnie z założeniami doktrynalnymi i ustawowymi pełni w zwalczaniu chorób zakaźnych i zakażeń oraz problemów funkcjonalnych zdrowia publicznego, które ujawniły się w dobie pandemii COVID-19.

Pandemia uwiarydociła zaniedbania państwa w obszarze zdrowia publicznego, głównie w zakresie procedur oraz zaplecza instytucjonalnego powołanego do zapobiegania oraz zwalczania chorób zakaźnych. Nadto w Polsce marginalizowana jest rola zdrowia publicznego oraz nie wykorzystuje się potencjału specjalistów z tego zakresu.

The role of public health in fighting infections and infectious diseases

Keywords: public health, health security, prevention, combating infection diseases

Summary. Public health is the guarantor of citizens' health security, both on an individual and collective level. The aim of the article is to indicate the role of public health with the doctrinal and statutory assumptions, in combating infectious diseases and infections as well as functional problems of public health that emerged during the COVID-19 pandemic.

The pandemic highlighted the state's negligence in the area of public health, mainly in terms of procedures and institutional facilities established to prevent and combat infectious diseases. In Poland the role of public health is marginalized and the potential of specialists is not used.

Wprowadzenie

Pojęcia „zdrowia” i „zdrowia publicznego” są potocznie często utożsamiane, pomimo odmiennego zakresu semantycznego. Zdrowie odnosi się do jednostki i jego definicja została zawarta w preambule Konstytucji Światowej Organizacji Zdrowia, zgodnie z którą „jest to stan zupełnej pomysłowości fizycznej, umysłowej i społecz-

nej, a nie jedynie brak choroby lub ułomności¹. Ujęcie wymiaru fizycznego, psychicznego i społecznego zdrowia wskazuje na złożoność i wieloaspektowość tego terminu. Trudność funkcjonalną rodzi brak wskazania wyznaczników oceny stanu zdrowia. Konstrukcja definicji sugeruje konieczność zastosowania zarówno kryteriów obiektywnych związanych z czynnikami biologicznymi, jak i subiektywnych, odnoszących się do samopoczucia². Jednocześnie przyjmuje koncepcję „zdrowia pozytywnego” uznającego je nie jako cel sam w sobie, ale środek dający możliwość człowiekowi, a tym samym społeczeństwu, lepszego wykorzystania go do osiągnięcia korzyści³.

Współcześnie w cywilizacji zachodniej przyjmuje się, że zdrowie społeczeństwa jest determinantem wydajności gospodarczej i dobrobytu. Nie można jednak przyjmować, iż zdrowie społeczności stanowi sumę zdrowia poszczególnych jej jednostek⁴. Jest to pojęcie znacznie bardziej złożone, wieloczynnikowe. W celu dokonania oceny stanu zdrowia społeczeństwa wypracowano zobiektywizowane kryteria zawarte głównie w koncepcji pól zdrowia Lalonde’a. Uwzględniają one następujące obszary: biologii i genetyki; zachowań i stylu życia; środowiska obejmującego czynniki ekonomiczne, społeczne, kulturowe i fizyczne oraz organizacji systemu ochrony zdrowia⁵.

Pojęcie zdrowia publicznego zostało zdefiniowane po raz pierwszy w 1920 r. przez Charlesa-Edwarda A. Winslowa jako „nauka i sztuka zapobiegania chorobom, przedłużania życia i promocji zdrowia fizycznego przez wysiłek społeczności, nadzór nad higieną środowiska, zapobieganie zakażeniom, nauczanie zasad higieny osobistej, organizację służb medycznych i pielęgniarskich ukierunkowanych na zapobieganie chorobom i wczesną diagnozę, rozwój mechanizmów społecznych zapewniających każdemu członkowi społeczności warunki życia pozwalające na utrzymanie zdrowia”⁶. Pojemność definicji wskazująca z jednej strony na wielość aspektów zdrowia publicznego, a z drugiej sposoby realizacji celu, jakim jest utrzymanie zdrowia, spowodowała, że była ona stosowana przez wiele lat i wyznaczała kierunki działań wprowadzanych zarówno na arenie międzynarodowej, jak i w poszczególnych krajach. Ujęty w definicji wymóg podejmowania wysiłku przez spo-

¹ Konstytucja Światowej Organizacji Zdrowia, Porozumienie zawarte przez Rządy reprezentowane na Międzynarodowej Konferencji Zdrowia i Protokół dotyczący Międzynarodowego Urzędu Higieny Publicznej, podpisane w Nowym Jorku dnia 22 lipca 1946 r., Dz.U. z 1948 r., Nr 61, poz. 477.

² J. Barcik, *Międzynarodowe prawo zdrowia publicznego*, Wydawnictwo Beck, Warszawa 2013, s. 3.

³ *Promocja zdrowia*, t. I, *Teoretyczne podstawy promocji zdrowia*, red. A. Andruszkiewicz, M. Banaśkiewicz, Lublin 2008, s. 12.

⁴ *Zdrowie publiczne*, red. A. Felińczak, A.M. Fal, Wrocław 2010, s. 10.

⁵ M.J. Wysocki, M. Miller, *Paradygmat Lalonde’a, Światowa Organizacja Zdrowia i nowe zdrowie publiczne*, „Przegląd Epidemiologiczny” 2003, nr 57, s. 505-512.

⁶ A. Wojtczak, *Zdrowie publiczne wyzwaniem dla systemów zdrowia XXI wieku*, Wydawnictwo Lekarskie PZWL, Warszawa 2009, s. 10.

łeczność determinował konieczność wprowadzenia regulacji prawnych określających jego formy organizacyjne.

W latach 70. XX w. zrodziła się koncepcja tzw. Nowego zdrowia publicznego. Prezentuje ona podejście uwzględniające ówczesne i nadal aktualne zagrożenia zdrowotne, wiedzę na temat ich pochodzenia oraz możliwości przeciwdziałania im, a także wyznacza kierunek kompleksowych i spójnych aktywności. Wskazuje na potrzebę rozszerzenia działań poprzez włączenie aspektów społecznych, kulturowych, ekonomicznych i socjalnych w kontekście ich związku ze zdrowiem, a nie tylko sanitarnych i zwalczających choroby zakaźne, na czym skupiano się wcześniej⁷.

Choć w literaturze co jakiś czas pojawiają się nowe definicje zdrowia publicznego, to obecnie największe znaczenie ma definicja będąca modyfikacją definicji Winslow'a, zaproponowana w 1988 roku przez D. Achesona i uznająca, iż „zdrowie publiczne jest nauką i sztuką zapobiegania chorobom, przedłużania życia i promocji zdrowia poprzez zorganizowany wysiłek społeczności”⁸. Z uwagi na swój lapidarny charakter pozostawiający jednocześnie szeroki zakres przedmiotowy i podmiotowy znajduje ona powszechne zastosowanie.

Celem niniejszego artykułu jest wskazanie roli zdrowia publicznego, zgodnie z założeniami doktrynalnymi i ustawowymi, jaką pełni w zwalczaniu chorób zakaźnych i zakażeń oraz problemów funkcjonalnych zdrowia publicznego, które ujawniły się w dobie pandemii COVID-19.

Bezpieczeństwo zdrowotne

Głównym celem zdrowia publicznego jest zagwarantowanie bezpieczeństwa zdrowotnego obywatelom. Jego realizacja odbywa się zarówno na poziomie indywidualnym, jak i zbiorowym, w zależności od rodzaju podejmowanych działań⁹.

Po raz pierwszy terminu bezpieczeństwa zdrowotnego użyto w 2001 r. w rezolucji Światowego Zgromadzenia Zdrowia zatytułowanej *Global health security: epidemic alert and response*¹⁰. Zwrócono wówczas uwagę m.in. na zjawiska związane z globalizacją, w tym swobodne przemieszczanie się ludności w wyniku migracji, turystyki czy na skutek katastrof i działań zbrojnych, jako determinantów mogących

⁷ *Zdrowie publiczne. Wybrane zagadnienia*, t. I, red. J. Opolski, Warszawa 2011, s. 19.

⁸ B. Rechel., M. McKee, *Facets of Public Health in Europe. European Observatory on Health Systems and Policies Series*, Open University Press, Maidenhead 2014, s. 3.

⁹ T.B. Kulik, M. Latański, *Zdrowie publiczne. Podręcznik dla studentów i absolwentów wydziałów pielęgniarstwa i nauk o zdrowiu akademii medycznych*, Lublin 2002, s. 41.

¹⁰ *Global health security – epidemic alert and response*, World Health Organization 2001, <https://apps.who.int/iris/handle/10665/78718> [dostęp: 22.11.2021].

powodować zagrożenie bezpieczeństwa zdrowotnego o zasięgu międzynarodowym. Powyższe umożliwia bowiem szybsze rozprzestrzenianie się chorób zakaźnych¹¹.

Rezolucja dała impuls do podjęcia w 2005 r. prac nad rewizją dotychczasowych „Międzynarodowych przepisów zdrowotnych”. Jest to zbiór wytycznych, praw i obowiązków nałożonych na państwa-strony oraz Światową Organizację Zdrowia. Są prawnym instrumentem służącym do ochrony przed rozprzestrzenianiem się różnych chorób w ujęciu globalnym oraz minimalizowania ich skutków, a także przyczyniania się do zagwarantowania możliwie najwyższego stopnia bezpieczeństwa zdrowotnego¹².

W literaturze przedmiotu zagrożenia bezpieczeństwa zdrowotnego dzieli się, w zależności od źródła pochodzenia, na wewnętrzne i zewnętrzne. Wewnętrzne czynniki wynikają głównie z braku podejmowania dostatecznych i skoordynowanych działań instytucji publicznych mających na celu poprawę zdrowia i jego promocję. U ich podłoża leży brak zapewnienia wysokiego poziomu opieki zdrowotnej, pozwalającej na zaspokajanie potrzeb społeczeństwa w zakresie profilaktyki, promocji zdrowia, diagnostyki, leczenia naprawczego i rehabilitacji¹³. Z kolei czynniki zewnętrzne mogą być pochodzenia biologicznego, chemicznego, środowiskowego bądź nieznanego¹⁴. Aktualnie, z uwagi na łatwość przemieszczania się ludności, zagrożenia biologiczne (bakterie, wirusy) mogą szybko przedostawać się do różnych części globu, a ich zahamowanie jest praktycznie niemożliwe. Dlatego konieczne jest – oprócz realizowanych działań na arenie międzynarodowej w zakresie współpracy – podejmowanie wysiłków lokalnie, w skali poszczególnych krajów. W tym celu zasadne jest stworzenie odpowiednich ram instytucjonalnych. W Polsce organem powołanym do wielotorowego działania w przypadku wystąpienia zagrożenia zdrowotnego jest Rządowe Centrum Bezpieczeństwa, które przygotowuje i aktualizuje „Krajowy plan zarządzania kryzysowego”¹⁵. W planie tym wśród zagrożeń zdrowotnych wymienia m.in. epidemie.

Pojęcie bezpieczeństwa zdrowotnego zostało użyte również w „Strategii Bezpieczeństwa Narodowego RP” w 2014 r. W art. 53 uznano, iż bezpieczeństwo zdrowotne obywateli współkształtuje bezpieczeństwo narodowe, na które wpływ mają narastające zmiany demograficzne, zmiany warunków środowiskowych oraz

¹¹ P.M. Nowicka, J. Kocik, *Zewnętrzne zagrożenia bezpieczeństwa zdrowotnego Polski*, „Studia BAS” 2018, nr 4, s. 105.

¹² *Ibidem*, s. 105-106; *Rewizja Międzynarodowych przepisów zdrowotnych*, <https://gis.gov.pl/wp-content/uploads/2018/04/Miedzynarodowe-Przepisy-Zdrowotne-2005.pdf> [dostęp: 21.11.2021].

¹³ Ministerstwo Zdrowia, *Jakość w opiece medycznej*, <http://www.mz.gov.pl/system-ochrony-zdrowia/organizacja-ochrony-zdrowia/jakosc-w-opiece-zdrowotnej/> [dostęp: 15.11.2021].

¹⁴ P.M. Nowicka, J. Kocik, *op. cit.*, s. 109.

¹⁵ Krajowy Plan Zarządzania Kryzysowego, <https://rcb.gov.pl/krajowy-plan-zarzadzania-kryzysowego/> [dostęp: 18.11.2021].

rozwój nowych technologii¹⁶. Uznanie bezpieczeństwa zdrowotnego jako elementu bezpieczeństwa narodowego niewątpliwie należy oceniać pozytywnie. Jednak potraktowanie go zdawkowo w tak obszernym dokumencie świadczy o pobieżnym podejściu do problematyki, niezauważaniu skali problemu i dynamiki rozwoju chorób zakaźnych. Jest to tym bardziej zastanawiające, że w momencie tworzenia wyżej wymienionego dokumentu świat walczył z epidemią wywołaną wirusem Ebola, którego przypadki odnotowywano również w Europie¹⁷.

Rozszerzenia koncepcji bezpieczeństwa zdrowotnego nie dokonano również w „Strategii Bezpieczeństwa Narodowego RP” wydanej w 2020 r.¹⁸ Jest ona, co prawda, jedynie strategią przygotowań systemu bezpieczeństwa narodowego, jednakże jako dokument mający ustanawiać fundamenty koncepcyjne organizacji systemu bezpieczeństwa narodowego w czasie pokoju oraz zagrożenia wydaje się, iż zagadnienie to powinno zostać dookreślone. Tym bardziej, że w momencie podpisania „Strategii...” przez Prezydenta RP panowała już epidemia COVID-19, więc realne zagrożenie było widoczne.

Powyższe wskazuje na marginalizację zagrożenia chorobami zakaźnymi w kontekście bezpieczeństwa narodowego.

Obowiązek państwa zwalczania zakażeń i chorób zakaźnych

Zdrowie jest wartością chronioną prawem. Ochrona zdrowia jest ściśle związana z ochroną życia. Stanowią one wartości o nadrzędnym znaczeniu dla bytu oraz funkcjonowania każdej wspólnoty¹⁹.

W Polsce podstawowe standardy ochrony wyznacza art. 68 Konstytucji RP. Prawo ochrony zdrowia jest jednym z praw człowieka. Zaliczane jest do kategorii praw socjalnych, co oznacza gwarancję uzyskania koniecznych świadczeń materialnych od władz publicznych²⁰. Niemniej jednak prawa te mają charakter norm programowych. Państwo ma więc wyznaczone cele i jest zobowiązane dążyć do ich realizacji w ramach prowadzonej polityki. Sposób i zakres realizacji jest warunko-

¹⁶ Strategia Bezpieczeństwa Narodowego Rzeczypospolitej Polskiej, Warszawa 2014, <https://www.bbn.gov.pl/ftp/SBN%20RP.pdf> [dostęp: 22.11.2021].

¹⁷ D.L. Heymann, A. West, *Emerging infections. Threats to health and economic security*, [w:] *Routledge Handbook of Global Health Security*, red. S. Rushton, J. Youde, New York 2014, s. 92-104.

¹⁸ Strategia Bezpieczeństwa Narodowego Rzeczypospolitej Polskiej, Warszawa 2020, https://www.bbn.gov.pl/ftp/dokumenty/Strategia_Bezpieczenstwa_Narodowego_RP_2020.pdf [dostęp: 24.11.2021].

¹⁹ W. Lis, *Działania podejmowane w przypadkach zakażeń i chorób zakaźnych ze względu na ochronę bezpieczeństwa obywateli*, „Studia Prawnicze KUL” 2017, nr 3, s. 32.

²⁰ K. Ryś, *Konstytucyjne prawo do ochrony zdrowia i prawo do szczególnej opieki zdrowotnej*, „Zeszyty Naukowe Prawa Konstytucyjnego” 2017, nr 10, s. 116-123.

wany jego możliwościami, głównie kondycją finansową²¹. Jednocześnie jednostki pozbawione są kompetencji powoływania się wyłącznie na te prawa przy występowaniu z roszczeniami²². Możliwość realizacji przez jednostkę prawa do ochrony zdrowia jest uzależniona od podejmowania konkretnych działań przez władze publiczne. Nie można więc wykluczyć, że przy braku realizacji którejś z norm programowych nie dojdzie do naruszenia chronionego prawem interesu jednostki, a w konsekwencji możliwości dochodzenia roszczeń przez osobę domagającą się ochrony swych dóbr²³.

Socjalny charakter prawa do ochrony zdrowia widoczny jest w ust. 2-5 art. 68 Konstytucji RP. Przepisy te tworzą dla obywatela system gwarancji uzyskania koniecznych świadczeń związanych z opieką medyczną, opieką nad osobami w wieku podeszłym, niepełnosprawnymi, dziećmi i kobietami w ciąży, także z prowadzeniem działań zmierzających do poprawy stanu zdrowotnego społeczeństwa, do których należy między innymi zwalczanie chorób epidemicznych²⁴. Jak słusznie zauważa Anna Surówka, odnosząc się do praktycznego aspektu korzystania z prawa do ochrony zdrowia, nie można pomijać zagadnienia dotyczącego świadczenia usług medycznych. Najczęściej bowiem zarówno w ujęciu jednostkowym, jak i zbiorowym ochronę zdrowia postrzega się przez pryzmat możliwych do uzyskania usług medycznych. Stąd też logiczną konsekwencją jest norma prawna zawarta w ust. 4 art. 68 ustawy zasadniczej, nakładająca na władze publiczne obowiązek zwalczania chorób epidemicznych²⁵.

Artykuł 68 ust. 1 Konstytucji RP należy interpretować w taki sposób, aby wywieść podmiotowe prawo jednostki do ochrony zdrowia oraz obiektywny nakaz podejmowania przez władze publiczne takich działań, które są konieczne dla należytej ochrony i realizacji tego prawa²⁶. Nadto treść prawa do ochrony zdrowia nie jest wskazana jako abstrakcyjnie określony stan zdrowia poszczególnych jednostek, ale możliwość korzystania z systemu ochrony zdrowia, który jest ukierunkowany na zwalczanie i zapobieganie chorobom, urazom i niepełnosprawności²⁷. W zakresie zwalczania chorób epidemicznych zadania władz publicznych sprowadzają się do działań prewencyjnych, profilaktyki, dbałości o higienę, kontroli zakażeń oraz podejmowania leczenia różnych chorób bez zbędnej zwłoki poprzez prawidłowo zor-

²¹ J. Trzcíński, *Artykuł 68*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. III, Warszawa 2003, s. 3.

²² A. Surówka, *Miejsce konstytucyjnego prawa do ochrony zdrowia w systemie praw i wolności człowieka i obywatela*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2012, nr 3, s. 93.

²³ *Ibidem*, s. 127.

²⁴ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 grudnia 2002 r., K 43/01, OTK 2002, nr 7A, poz. 96 (Dz.U. Nr 1, poz. 14).

²⁵ A. Surówka, *op. cit.*, s. 95.

²⁶ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 marca 1999 r., K 2/98.

²⁷ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 stycznia 2004 r., K 14/03.

ganizowaną i działającą opiekę medyczną²⁸. Zobowiązanie państwa do zwalczania chorób epidemicznych ma na celu ochronę zdrowia publicznego. Ochrona zdrowia ogółu obywateli przekłada się bowiem bezpośrednio na interes jednostkowy.

Prawna ochrona zdrowia implikuje określone obowiązki państwa wobec obywateli. Obowiązki te powinny być realizowane w ramach prowadzonej polityki zdrowotnej, u podłoża której winna znajdować się wiedza empiryczna pozyskana z dziedziny, jaką jest zdrowie publiczne. Stąd też ten obszar wiedzy nie może być marginalizowany, tym bardziej że pozyskana wiedza pozwala na konstruowanie rekomendacji, wytycznych i zaleceń również dla innych polityk, w tym między innymi polityki edukacji oraz opieki społecznej.

Współczesne problemy zdrowia publicznego

Pandemia COVID-19 uwidoczniała znaczące zaniedbania państwa w obszarze zdrowia publicznego. System opieki zdrowotnej był nieprzygotowany na nagły, znaczący wzrost liczby pacjentów. Nie istniały skuteczne procedury ani zaplecze instytucjonalne powołane do zapobiegania oraz zwalczania chorób zakaźnych w razie ich wystąpienia. Nie było i nadal brak jest instytucji, które kompleksowo zajmowałyby się podejmowaniem działań związanych z aktualną sytuacją epidemiologiczną w kraju. Instytucje takie powinny zajmować się zarówno analizowaniem sytuacji, jak i projektowaniem procedur oraz podejmowaniem konkretnych działań. Częściowo zadania te realizuje Państwowa Inspekcja Sanitarna oraz Narodowy Instytut Zdrowia Publicznego – PZH, ale brakuje jasno wskazanych zasad ich wzajemnej współpracy oraz współdziałania z organami administracji rządowej i samorządowej²⁹.

Pandemia pojawiła się w momencie, kiedy w Polsce, podobnie jak i innych krajach wysokorozwiniętych, stosowany jest wzorzec zdrowia publicznego skupiający się na przeciwdziałaniu występowaniu niezakaźnych chorób przewlekłych. Aktywność państwa koncentruje się wokół promocji zdrowego trybu życia, poprawy warunków bytowych oraz medycyny naprawczej. Skutkiem tego jest przesunięcie na dalszy plan działań mających na celu zapobieganie chorobom zakaźnym. W konsekwencji środki finansowe przekierowano na obszar medycyny naprawczej, ograniczając je tym samym w sferze zdrowia publicznego.

Jeszcze innym problemem jest niedocenianie roli zdrowia publicznego w Polsce. Podejście to widoczne było chociażby w związku z nieprzyjmowaniem przez wiele

²⁸ B. Banaszak, *Komentarz do art. 68, [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 412.

²⁹ S. Golinowska i in., *Alert zdrowotny 2*, s. 2-3, https://oees.pl/alerty-eksperckie/?doing_wp_cr on=1642077136.2687950134277343750000 [dostęp: 30.11.2021].

lat regulacji ustawowych dotyczących zdrowia publicznego, pomimo zgłaszanych postulatów w tym zakresie przez różne środowiska, głównie medyczne. Ustawę o zdrowiu publicznym przyjęto ostatecznie w 2015 r., jednakże fragmentaryczny lub pobieżny charakter wielu regulacji prawnych zawartych w ustawie nie pozwala na stworzenie ram prawnych wymaganych dla działania koherentnego i efektywnego systemu zdrowia publicznego. Jednym z istotnych braków ustawy jest niedokonanie szczegółowego przyporządkowania poszczególnych zadań wchodzących w zakres zdrowia publicznego konkretnym instytucjom publicznym. Tym samym utrudnione jest konkretne zdefiniowanie zakresów odpowiedzialności³⁰.

Z marginalizacją roli zdrowia publicznego łączy się marnowanie potencjału osób wyspecjalizowanych w tej dziedzinie. Obecny rynek pracy w sektorze usług zdrowotnych nie jest przygotowany do wykorzystywania wiedzy absolwentów studiów na kierunku zdrowie publiczne. W zakresie zapobiegania chorobom, w tym chorobom zakaźnym, edukacji i profilaktyki osoby te skutecznie mogą odciążyć lekarzy, którzy swoją aktywność skupiają głównie na medycynie naprawczej. Nie są jednak prawidłowo kojarzeni ze swoimi umiejętnościami. Wynika to z braku precyzyjnego określenia kompetencji tych osób oraz wskazania zdrowia publicznego jako zawodu³¹. Wpływ na zmianę postrzegania może mieć opracowanie przygotowane przez Narodowy Instytut Zdrowia Publicznego – Państwowy Zakład Higieny sektorowych, rynkowych ram kwalifikacji dla absolwentów ww. kierunku. Niemniej potrzebna jest zmiana nastawienia zarówno na szczeblu zarządzania placówkami ochrony zdrowia, jak i ustawodawczym w kierunku zwiększania wykorzystania potencjału specjalistów w dziedzinie zdrowia publicznego.

Podsumowanie

Działania czynione w celu uniknięcia lub ograniczenia ryzyka wystąpienia zakażeń i chorób zakaźnych są kierowane troską o dobro wspólne, jakim jest bezpieczeństwo zdrowotne całej populacji. Zminimalizowanie tych zagrożeń daje ludziom gwarancję przetrwania. Są to wartości o fundamentalnym znaczeniu zarówno dla bytu człowieka, jak i sprawnego funkcjonowania państwa³².

Obecnie, w wyniku doświadczeń zdobytych w związku z wystąpieniem pandemii COVID-19, chcąc zwiększyć skuteczność zapobiegania chorobom zakaźnym i zakażeniom, potrzebne jest podjęcie działań wieloaspektowych. Konieczne jest

³⁰ *Ustawa o zdrowiu publicznym. Komentarz*, red. M. Dercz, <https://sip.lex.pl/komentarze-i-publikacje/komentarze/ustawa-o-zdrowiu-publicznym-komentarz-587707693> [dostęp: 22.11.2021].

³¹ Ustawa o zdrowiu publicznym nie zawiera definicji specjalisty zdrowia publicznego.

³² W. Lis, *op. cit.*, s. 47.

uporządkowanie kompetencji podmiotów publicznych i niepublicznych działających w obszarze zdrowia publicznego.

Nadto należy stworzyć sprawny system reagowania w sytuacjach kryzysowych. W przypadku medycyny naprawczej brak gromadzenia różnych zasobów jest tłumaczony potrzebą efektywnego zarządzania zasobami. Odmienne jest w obszarze zdrowia publicznego: przypisanie mu funkcji ochronnej całej populacji wymusza niejako konieczność posiadania możliwości podejmowania działań w sytuacjach nagłych. Wiąże się to z koniecznością zwiększenia w tym zakresie finansowania ochrony zdrowia.

Problemem pozostaje także marginalizowanie roli zdrowia publicznego. Celowe byłoby wyodrębnienie zdrowia publicznego jako dyscypliny naukowej³³, co sprzyjałoby rozwojowi badań naukowych, przy zapewnieniu odpowiedniego finansowania. Zasadne jest również zwiększenie wykorzystania potencjału specjalistów z zakresu zdrowia publicznego.

Literatura

- Andruszkiewicz A., Banaszkiewicz M., Banaszak B., *Komentarz do art. 68, [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Barcik J., *Międzynarodowe prawo zdrowia publicznego*, Warszawa 2013.
- Felińczak A., *Fal A.M. Global health security — epidemic alert and response*, World Health Organization 2001, <https://apps.who.int/iris/handle/10665/78718>.
- Golinowska S. i in., *Alert zdrowotny 2*, https://oees.pl/alerty-eksperckie/?doing_wp_cron=1642077136.2687950134277343750000.
- Heymann D.L., West A., *Emerging infections. Threats to health and economic security*, [w:] *Routledge Handbook of Global Health Security*, red. S. Rushton, J. Youde, New York 2014.
- Krajowy Plan Zarządzania Kryzysowego, <https://rcb.gov.pl/krajowy-plan-zarzadzania-kryzysowego/>.
- Kulik T.B., Latalski M., *Zdrowie publiczne. Podręcznik dla studentów i absolwentów wydziałów pielęgniarstwa i nauk o zdrowiu akademii medycznych*, Lublin 2002.
- Lis W., *Działania podejmowane w przypadkach zakażeń i chorób zakaźnych ze względu na ochronę bezpieczeństwa obywateli*, „Studia Prawnicze KUL” 2017, nr 3.
- Ministerstwo Zdrowia, *Jakość w opiece medycznej*, <http://www.mz.gov.pl/system--ochrony-zdrowia/organizacja-ochrony-zdrowia/jakosc-w-opiece-zdrowotnej/>.
- Nowicka P.M., Kocik, J., *Zewnętrzne zagrożenia bezpieczeństwa zdrowotnego Polski*, „Studia BAS” 2018, nr 4.
- Promocja zdrowia, t. I, Teoretyczne podstawy promocji zdrowia*, red. A. Andruszkiewicz, M. Banaszkiewicz, Lublin 2008.
- Rechel B., McKee M., *Facets of Public Health in Europe. European Observatory on Health Systems and Policies Series*, Maidenhead 2014.
- Ryś K., *Konstytucyjne prawo do ochrony zdrowia i prawo do szczególnej opieki zdrowotnej*, „Zeszyty Naukowe Prawa Konstytucyjnego” 2017, nr 10.
- Rewizja Międzynarodowych przepisów zdrowotnych, <https://gis.gov.pl/wp-content/uploads/2018/04/Miedzynarodowe-Przepisy-Zdrowotne-2005.pdf>.
- Strategia Bezpieczeństwa Narodowego Rzeczypospolitej Polskiej, Warszawa 2014.
- Strategia Bezpieczeństwa Narodowego Rzeczypospolitej Polskiej, Warszawa 2020.

³³ S. Golinowska i in., *op. cit.*, s. 9-10.

- Surówka A., *Miejsce konstytucyjnego prawa do ochrony zdrowia w systemie praw i wolności człowieka i obywatela*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2012, nr 3.
- Trzciński J., *Artykuł 68*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. III, Warszawa 2003.
- Ustawa o zdrowiu publicznym. Komentarz*, red. M. Dercz, <https://sip.lex.pl/komentarze-i-publicacje/komentarze/ustawa-o-zdrowiu-publicznym-komentarz-587707693>.
- Wojtczak A., *Zdrowie publiczne wyzwaniem dla systemów zdrowia XXI wieku*, Wydawnictwo Lekarskie PZWL, Warszawa 2009.
- Wysocki M. J., Miller M., *Paradygmat Lalonde’a, Światowa Organizacja Zdrowia i nowe zdrowie publiczne*, „Przegląd Epidemiologiczny” 2003, nr 57.
- Zdrowie publiczne*, red. A. Felińczak, A.M. Fał, Wrocław 2010.
- Zdrowie publiczne. Wybrane zagadnienia*, red. J. Opolski, Warszawa 2011, t. I.

Magdalena Rzewuska

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID 0000-0003-0718-7210

rzewusia@interia.pl

Glosa do uchwały SN z dnia 17 maja 2018 r., III CZP 11/18, Legalis

Słowa kluczowe: kontakty między rodzicami a dziećmi, rodzice, dzieci ubezwłasnowolnione całkowicie

Streszczenie. Przedmiotem opracowania jest analiza uchwały SN z dnia 17 maja 2018 r., III CZP 11/18, w której sąd uznał, że „rodzicom dorosłego dziecka, które jest ubezwłasnowolnione całkowicie z powodu niepełnosprawności umysłowej i dla którego ustanowiono opiekuna, nie przysługuje uprawnienie do żądania rozstrzygnięcia przez sąd opiekuńczy o sposobie utrzymywania kontaktów z tym dzieckiem”. Autorka podzieliła stanowisko SN, wskazując argumenty przemawiające za jego trafnością.

Gloss to the resolution of the Supreme Court of May 17, 2018, III CZP 11/18, Legalis

Keywords: contacts between parents and children, parents, completely incapacitated children

Summary. The subject of the study is the analysis of the resolution of the Supreme Court of May 17, 2018, III CZP 11/18, in which the court found that „the parents of an adult child who is completely incapacitated due to mental disability and for whom a guardian has been appointed are not entitled to demand decision by the guardianship court on how to maintain contact with this child. The author shared the Supreme Court’s position, pointing out the arguments supporting its accuracy.

Uchwała SN z dnia 17 maja 2018 r., III CZP 11/18¹

„Rodzicom dorosłego dziecka, które jest ubezwłasnowolnione całkowicie z powodu niepełnosprawności umysłowej i dla którego ustanowiono opiekuna, nie przysługuje uprawnienie do żądania rozstrzygnięcia przez sąd opiekuńczy o sposobie utrzymywania kontaktów z tym dzieckiem”.

¹ Legalis nr 1768854.

1. Wprowadzenie

Teza głosowanej uchwały stanowi rozstrzygnięcie przedstawionego Sądowi Najwyższemu przez Sąd Okręgowy w Kielcach zagadnienia prawnego o następującej treści „Czy w świetle przepisów kodeksu rodzinnego i opiekuńczego rodzicom dorosłego dziecka, które jest ubezwłasnowolnione całkowicie z powodu niepełnosprawności umysłowej i dla którego ustanowiono opiekuna nie będącego rodzicem, przysługuje roszczenie o uregulowanie kontaktów z tym dzieckiem?”

W głosowanej uchwale SN opowiedział się przeciwko przyznaniu rodzicom dorosłego, ubezwłasnowolnionego całkowicie dziecka, dla którego ustanowiony został opiekun uprawnienia do domagania się sądowego rozstrzygnięcia o sposobie utrzymywania kontaktów z dzieckiem. Autorka pozytywnie ustosunkowała się do tego stanowiska. Wskazała argumenty przemawiające za trafności tezy SN wyrażonej w analizowanej uchwale.

2. Stan faktyczny

Przed dokonaniem analizy głosowanej uchwały należy pokrótce przybliżyć stan faktyczny, na kanwie którego doszło do jej wydania. Dnia 27 czerwca 2017 r. SR w Kielcach wydał postanowienie, mocą którego częściowo uwzględnił wniosek Krystyny R., ustalając jej kontakty z dorosłym, ubezwłasnowolnionym całkowicie synem Grzegorzem R. Zdaniem SR rodzicom dorosłego dziecka, które zostało ubezwłasnowolnione całkowicie przysługuje uprawnienie do sądowego dochodzenia ustalenia kontaktów z tym dzieckiem, mimo sprzeciwu jego opiekuna prawnego. Od postanowienia SR żona Grzegorza R., pełniąca funkcję jego opiekuna prawnego wniosła apelację do SO w Kielcach. Sąd rozpoznający apelację wskazał, że w świetle przepisu art. 87 KRO prawo a także obowiązek dzieci i rodziców wzajemnego wspierania się nie gaśnie z momentem uzyskania przez dzieci pełnoletności. SO zważył, że niedopuszczalne jest uznanie, że rodzice nie posiadają prawa do kontaktu ze swoim pełnoletnim dzieckiem. Jednocześnie zwrócił uwagę na problem właściwej interpretacji słowa „dziecko”. Zdaniem Sądu przepis art. 113 § 1 KRO, na którym Krystyna R. oparła swoje żądanie, nie rodzi podstawy do przyznania rodzicom pełnoletniego, ubezwłasnowolnionego dziecka prawa do dochodzenia ustalenia z tym dzieckiem kontaktów. Zgodnie bowiem z artykułem tym za dziecko uznaje się jedynie małoletniego, czyli tego kto nie uzyskał lat osiemnastu. SO w Kielcach podniósł, że „drogi regulacji kontaktów z ubezwłasnowolnionym należy szukać za pośrednictwem sądu sprawującego nadzór nad sposobem sprawowania opieki nad ubezwłasnowolnionym. W takim postępowaniu sąd opiekuńczy może wydać stosowne zarządzenia (art. 168 KRO), kierując

się dobrem podopiecznego”². Zdaniem SO wątpliwości budzi to „Czy w świetle przepisów kodeksu rodzinnego i opiekuńczego rodzicom dorosłego dziecka, które jest ubezwłasnowolnione całkowicie z powodu niepełnosprawności umysłowej i dla którego ustanowiono opiekuna nie będącego rodzicem, przysługuje roszczenie o uregulowanie kontaktów z tym dzieckiem?”³. Z takim też pytaniem prawnym Sąd ten zwrócił się do SN.

3. Stanowisko Sądu Najwyższego

SN rozpoznając przedłożone przez SO w Kielcach zagadnienie prawne, na wstępie zważył, że w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym ustawodawca nie unormował kwestii kontaktów pomiędzy rodzicami i ich pełnoletnimi dziećmi. Jednocześnie zaznaczył, że przepis art. 87 KRO nie rodzi podstawy do domagania się sądowego uregulowania tego rodzaju kontaktów. Wskazał przy tym, że „przytoczony przepis stanowi jednak raczej postulat, niż podstawę do stosowania przymusu państwowego. Nie można bowiem przymusowo wyegzekwować kontaktów, jeżeli dorosłe dziecko tego nie chce”⁴.

SN zwrócił uwagę na to, że problematyka kontaktów rodziców z dziećmi unormowana została w przepisach art. 113–113⁶ KRO. Zaznaczył, że przepisy te odnoszą się jednak tylko do dzieci małoletnich i brak jest jakiegokolwiek podstawy do stosowania ich także do osób pełnoletnich. SN podkreślił, że w przepisach prawa krajowego oraz międzynarodowego termin „dziecka” utożsamiany jest z osobą, która nie ukończyła osiemnastego roku życia. Termin ten nie odnosi się zatem do osoby pełnoletniej, ubezwłasnowolnionej całkowicie. SN wskazał, że „sytuacja osoby dorosłej ubezwłasnowolnionej całkowicie z powodu niepełnosprawności umysłowej różni się przy tym znacznie od sytuacji małoletniego dziecka. W opiece nad ubezwłasnowolnionym dorosłym wyłączony jest element wychowania, opieka trwa do śmierci takiej osoby, zasadniczym jej celem jest reprezentowanie sfery osobistych uprawnień i interesów i troska o stan zdrowia. Opiekun ubezwłasnowolnionego dorosłego działa więc tak, jak ta osoba i musi uwzględniać - na ile to możliwe - jej wolę. Opiekun małoletniego dziecka działa natomiast jak rodzic, sprawuje więc władzę rodzicielską”⁵. Jak podniósł SN, choć art. 175 KRO traktujący o opiece nad osobą ubezwłasnowolnioną całkowicie odsyła do odpowiedniego stosowania do tego rodzaju opieki przepisów traktujących o opiece nad osobą małoletnią, to jednak odesłanie to nie uprawnia rodziców do żądania uregulowania kontaktów z ich

² Uzasadnienie głosowanej uchwały.

³ Uzasadnienie głosowanej uchwały.

⁴ Uzasadnienie głosowanej uchwały.

⁵ Uzasadnienie głosowanej uchwały.

pełnoletnim, ubezwłasnowolnionym całkowicie dzieckiem. Sąd podkreślił przy tym, „że przepisy o opiece nad małoletnim (art. 145-174 k.r.o.) nie regulują kontaktów z dzieckiem, zatem ich stosowanie bezpośrednio wobec ubezwłasnowolnionych w tym zakresie jest wykluczone”⁶.

W uzasadnieniu głosowanej uchwały SN odwołał się również do przepisów Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych z dnia 13 grudnia 2006 r., a także do Rekomendacji R (99)4 Komitetu Ministrów Rady Europy w sprawie zasad dotyczących ochrony prawnej niepełnosprawnych osób dorosłych. W oparciu o nie zważył, „że osoba ubezwłasnowolniona całkowicie nie może być traktowana przedmiotowo, a z uwagi na swoje ograniczenie pozostaje pod szczególną ochroną”⁷. SN zwrócił uwagę na to, że jedną z zasad umiejscowionych w Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych jest zasada swobodnego dokonywania wyborów. W oparciu o nią, zdaniem SN, przyjętą należy, że ubezwłasnowolniony ma prawo swobodnie decydować również o tym z jakimi osobami chce utrzymywać kontakty. Tym samym – jak wskazał Sąd - zawsze powinno się starać poznać wolę osoby ubezwłasnowolnionej, wykorzystując do tego różne rodzaje komunikacji, nawet niewerbalną. Z kolei mając na uwadze zasady określone w Rekomendacji R (99)4 Komitetu Ministrów Rady Europy, w tym m.in. zasadę poszanowania woli i uczuć osoby niepełnosprawnej, jak zważył SN, „należy wykluczyć sytuację, w której uwzględniane są przede wszystkim interesy i uczucia innych osób i to także rodzica domagającego się uregulowania kontaktów z dorosłym ubezwłasnowolnionym dzieckiem”⁸.

Jednocześnie SN podkreślił, że opieka nad osobą ubezwłasnowolnioną całkowicie jest instytucją nadzorowaną przez sąd opiekuńczy. Przepisy regulujące tę instytucję – jak zaznaczył - nie dają jednak podstawy do żądania uregulowania kontaktów z osobą pozostającą pod opieką. SN zwrócił uwagę na wątpliwości co do tego, „czy w sytuacji, w której rodzice ubezwłasnowolnionego nie są legitymowani do żądania uregulowania kontaktów, sąd opiekuńczy ma możliwość wglądu w sytuację w tym zakresie. Wymaga bowiem podkreślenia, że utrzymywanie więzi rodzinnych należy do sfery dóbr osobistych każdego człowieka, także - co jest oczywiste - osoby niepełnosprawnej”⁹. Jak sam bowiem zważył, „pozbawienie kontaktów z członkami rodziny ubezwłasnowolnionego wkracza więc w sferę jego dóbr osobistych”¹⁰.

Odwołując się do przepisu art. 156 i 175 KRO, Sąd zwrócił uwagę na to, że opiekun osoby ubezwłasnowolnionej całkowicie obowiązany jest we wszystkich sprawach odnoszących się do osoby bądź majątku osoby pozostającej pod opieką otrzymać zezwolenie sądu opiekuńczego. Powołując przepis art. 593 KPC wska-

⁶ Uzasadnienie głosowanej uchwały.

⁷ Uzasadnienie głosowanej uchwały.

⁸ Uzasadnienie głosowanej uchwały.

⁹ Uzasadnienie głosowanej uchwały.

¹⁰ Uzasadnienie głosowanej uchwały.

zał, że o zezwolenie takie musi wnioskować opiekun. Jednocześnie zważył, że jedną z istotniejszych spraw, które odnoszą się do osoby pozostającej pod opieką jest utrzymywanie przez nią kontaktów z rodzicami¹¹.

4. Analiza głosowanej uchwały

Z uwagi na fakt, że polski ustawodawca nie dookreślił w przepisach KRO normujących instytucję kontaktów, dzieci do których się one odnoszą, wątpliwości budzi to, czy przepisy te dotyczą wyłącznie dzieci małoletnich, czy również dzieci pełnoletnich¹².

Jerzy Strzebinczyk zasadnie zwrócił uwagę na specyfikę kontaktów międzyludzkich. Otóż trafnie zauważył, że do ich utrzymywania niezbędna jest chęć zarówno jednej jak i drugiej strony. Autor opowiedział się za zasadnością istnienia ustawowej regulacji przyznającej rodzicom prawo i obowiązek do kontaktów z ich małoletnimi dziećmi, jednocześnie sprzeciwiając się przyznaniu rodzicom prawa uregulowania kontaktów w stosunku do dzieci pełnoletnich, wskazując że w tym drugim przypadku „raziłoby to sztucznością”. Niemożliwe bowiem byłoby „przymusowe wyegzekwowanie kontaktów”. Zdaniem J. Strzebinczyka „nie przekonują również podawane przykłady faktycznego kontaktowania się rodzica z dorosłym dzieckiem (np. niepełnosprawnym). W takich bowiem wypadkach rodzic wykonuje przede wszystkim swój obowiązek wspierania dziecka, wynikający z art. 87 KRO”¹³.

Inny przedstawiciel doktryny - Janusz Gajda podniósł, że z uwagi na to, że prawodawca nie zakreślił w przepisach KRO terminu, do którego trwa uprawnienie i powinność kontaktowania się rodziców z dziećmi, można by przyjąć, że trwają one także po uzyskaniu przez dziecko pełnoletności. Co więcej zważył, że nawiązując do konstrukcji art. 87 KRO można by przyjąć, że trwają one aż do śmierci. Trafnie wskazał, że „(...) niepodobna założyć, że po osiągnięciu pełnoletności rodzice nie mają prawa do kontaktów z własnym dzieckiem i odwrotnie”¹⁴. Słusznie zwrócił uwagę na to, „że w takim wypadku inaczej rozkładają się „akcenty” w zależności od tego, czy dziecko jest małoletnie, czy pełnoletnie. Przed osiągnięciem pełnoletności przeważają raczej obowiązki rodziców wynikające z wykonywania pieczy nad osobą dziecka, aczkolwiek nie można wykluczyć sytuacji, w której te obowiązki nadal będą przeważać nad uprawnieniami także i po osiągnięciu przez nie pełnoletności. Na przykład kiedy dziecko jest poważnie chore i nie może się

¹¹ Uzasadnienie głosowanej uchwały.

¹² J. Strzebinczyk, [w:] *System prawa prywatnego. Tom 12*, red. T. Smoczyński, Warszawa 2011, s. 374; zob. też J. Gajda, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, wyd. 7, Warszawa 2021, art. 113 KRO, Nb 19.

¹³ J. Strzebinczyk, *op. cit.*, s. 374 - 375.

¹⁴ J. Gajda, *op. cit.*, art. 113 KRO, Nb 19.

usamodzielić”¹⁵. Autor podkreślił, że z uwagi na różne znaczenie terminu „dziecko” w przepisach KRO, wątpliwe jest czy termin ten użyty w art. 113 § 1 KRO powinien być utożsamiany z więzami krwi, czy też z wiekiem dziecka (jego małoletnością). Zgodzić się należy z J. Gajdą co do tego, że przepis art. 113 § 1 KRO powinien odnosić się tylko do małoletniego dziecka. Przemawiają za tym, jak trafnie wskazał Autor, przepisy art. 598¹⁵–598²² KPC traktujące o wykonywaniu kontaktów z dziećmi, w których mowa o osobie sprawującej pieczę nad dzieckiem. Autor słusznie podniósł, że osoby pełnoletnie z reguły nie znajdują się pod pieczę rodziców, poza wypadkiem gdy zostały one ubezwłasnowolnione całkowicie a ich opiekunem został wyznaczony któryś z rodziców. Ponadto za zapatrywaniem Autora, jak sam wskazuje, przemawiają konkretne sformułowania użyte w przepisach art. 113¹–113⁶ KRO, w tym m.in. zabieranie dziecka poza miejsce stałego pobytu dziecka, sprawowanie pieczy nad dzieckiem, z których wnioskować można, że tyczą się one małoletniego dziecka. J. Gajda proponuje dodanie do treści art. 113 § 1 KRO słowa „małoletnie”, zwracając jednocześnie uwagę na to, że postulat ten może być kontrowersyjny, „choćby w związku z kwestią kontaktów rodziców z dzieckiem pełnoletnim, ale np. kalekim”¹⁶.

Zdaniem Piotra Mostowika przepisy o kontaktach między rodzicami a dziećmi powinny mieć zastosowanie jedynie do czasu małoletności dziecka. Autor ten nie pomija jednocześnie ważkiego znaczenie kontaktów rodziców z pełnoletnimi dziećmi, trafnie ważąc, że „ich regulacja, w szczególności statuowanie obowiązków i ich egzekwowanie, leżą jednak zasadniczo poza kompetencjami ustawodawcy. Symbolicznie i bez powiązania z przymusem państwowym ustawodawca wskazuje, że całe życie trwa obowiązek rodziców i dzieci do wzajemnego szacunku i wspierania się (art. 87 KRO), którego wykonywanie z istoty wiąże się z jakąś formą kontaktów”¹⁷.

W literaturze prawniczej również Henryk Haak i Anna Haak-Trzuskawska stanowczo opowiedzieli się przeciwko stosowaniu przepisu art. 113 § 1 KRO do dziecka pełnoletniego, i to niezależnie od jego niepełnosprawności czy uzależnienia. Swoje stanowisko uzasadnili tym, że w przypadku dziecka pełnoletniego niedopuszczalna jest ingerencja sądu opiekuńczego, o której mowa w przepisach art. 113¹–113⁵ KRO, a także niedopuszczalne jest skorzystanie z regulacji przewidzianych przepisami art. 598¹⁵ i n. KPC¹⁸.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ P. Mostowik, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. M. Domański, J. Słyk, wyd. 9, Warszawa 2022, art. 113 KRO, Nb 84.

¹⁸ H. Haak, A. Haak-Trzuskawska, *Pokrewieństwo i powinowactwo (pochodzenie dziecka, stosunki między rodzicami a dziećmi, przysposobienie)*. Komentarz do art. 61⁷–127 KRO oraz związanych z nimi regulacji KPC (art. 453–458, 579–589), Warszawa 2019, art. 113 KRO, Nt A.1.

Równie kategorycznie wypowiedziała się Joanna Zajączkowska-Burtowy wskazując, że możliwość żądania sądowego uregulowania kontaktów z dziećmi przysługuje rodzicom jedynie do czasu, gdy ich dziecko uzyska pełnoletność. Z chwilą bowiem uzyskania pełnoletności – jak zważyła – dzieci mogą same wyrazić chęć bądź niechęć utrzymywania kontaktów ze swoimi rodzicami. W opinii Autorki „nie oznacza to jednak wygaśnięcia obowiązku i braku konsekwencji w postaci sankcji rodzinnoprawnych”¹⁹. J. Zajączkowska-Burtowy wskazuje, że „sankcją pośrednią byłoby w szczególnym wypadku uznanie, z uwzględnieniem zasad współżycia społecznego, zasadności odmowy alimentacji osoby pełnoletniej lekceważącej obowiązek utrzymywania kontaktów z zobowiązanym do świadczeń alimentacyjnych”²⁰. Jej zdaniem „analogicznie należałoby również rozważyć uznanie za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego utrzymywanie obowiązku alimentacyjnego wobec dziecka pełnoletniego, które z kolei nie realizuje równocześnie kontaktów z rodzicem”²¹.

SN uzasadniając swoje stanowisko w glosowanej uchwale odwołał się również do niektórych aktów prawa międzynarodowego. Uzupełniając argumentację SN należałoby dodatkowo przytoczyć treści Konwencji o uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń dotyczących pieczy nad dzieckiem oraz o przywracaniu pieczy nad dzieckiem z dnia 20 maja 1980 r.²². W Konwencji wskazano, że „prawo rodziców do kontaktów z dzieckiem jest naturalną konsekwencją prawa do sprawowania pieczy”. W art. 1 lit. c. wyjaśniono, że „orzeczenie dotyczące pieczy” oznacza każdą decyzję organu w zakresie, w jakim odnosi się ona do wykonywania opieki nad dzieckiem, w tym do ustalania jego miejsca zamieszkania, a także do kontaktów z dzieckiem”²³. Tego rodzaju treści wydają się również przemawiać na rzecz dopuszczalności dochodzenia przez rodziców uregulowania kontaktów jedynie z ich małoletnimi dziećmi.

Zgodzić się należy z tymi przedstawicielami doktryny, którzy podnoszą, że utrzymywanie kontaktów międzyludzkich, a w analizowanym przypadku kontaktów między rodzicami a dziećmi, wymaga zgody zarówno jednej jak i drugiej strony²⁴. W przypadku osoby dotkniętej chorobą psychiczną, swobodne wyrażenie woli utrzymywania kontaktów może niejednokrotnie okazać się utrudnione, a nawet niemożliwe.

¹⁹ J. Zajączkowska-Burtowy, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. M. Fras, M. Habdas, Warszawa 2021, art. 113 KRO, Nt 12.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*.

²² Dz.U. z 1996 r., Nr 31, poz. 134 ze zm.

²³ Zob. P. Mostowik, *op. cit.*

²⁴ J. Strzebinczyk, *op. cit.*, s. 374-375.

Głosowana uchwała została przeanalizowana również przez Tomasza Justyńskiego. Autor ten ustosunkował się do niej częściowo krytycznie. Co prawda podzielił stanowisko SN co do tego, że przepisy oddziału 3 umiejscowione w rozdziale II dotyczą jedynie kontaktów z osobami małoletnimi i co do niedopuszczalności uczynienia z przepisu art. 87 KRO podstawy do wniesienia roszczenia o uregulowanie kontaktów z dziećmi, to jednak zarzucił Sądowi nie przyznanie przepisowi art. 168 KRO właściwego znaczenia²⁵.

Zdaniem T. Justyńskiego art. 168 KRO może rodzić podstawę do nakazania opiekunowi umożliwienia kontaktów rodziców z pełnoletnim ubezwłasnowolnionym dzieckiem. Sąd jednak – jak trafnie wskazał Autor – wydając stosowne zarządzenie będzie musiał każdorazowo rozstrzygnąć, czy kontakty takie będą pozostawały w zgodzie z dobrem podopiecznego²⁶. Ustalenie tego niejednokrotnie nie będzie wcale takie proste. Wydaje się, że rozstrzygając tego rodzaju kwestie sąd winien posiłkować się opiniami specjalistów (psychologa, psychiatry), którzy pomogliby mu ocenić, czy w konkretnym przypadku brak kontaktów pełnoletniego, ubezwłasnowolnionego całkowicie dziecka z jego rodzicem nie będzie pozostawał w sprzeczności z jego dobrem.

O ile zgodzić się należy z T. Justyńskim co do tego, że przepis art. 168 KRO daje „furtkę” do umożliwienia rodzicom kontaktowania się z ich ubezwłasnowolnionym całkowicie dzieckiem, jeśli opiekun „blokuje” tego rodzaju kontakty, o tyle odmówić Autorowi należy racji co do tego jakoby rozważania SN poczynione w uchwale nie dawały odpowiedzi na pytanie sformułowane przez Sąd Okręgowy²⁷. Otóż pytanie brzmiało następująco: „Czy w świetle przepisów kodeksu rodzinnego i opiekuńczego rodzicom dorosłego dziecka, które jest ubezwłasnowolnione całkowicie z powodu niepełnosprawności umysłowej i dla którego ustanowiono opiekuna nie będącego rodzicem, przysługuje roszczenie o uregulowanie kontaktów z tym dzieckiem?” W odpowiedzi na nie SN wskazał, że rodzicom ubezwłasnowolnionego całkowicie dziecka, któremu wyznaczono opiekuna nie przysługuje roszczenie o uregulowanie kontaktów. Tym samym odpowiedź SN uznać należy za w pełni odpowiadającą treści przedłożonego pytania. Ponadto zważyć należy, że przyznanie dopuszczalności skorzystania z przepisu art. 168 KRO w przypadku, gdy opiekun ubezwłasnowolnionego całkowicie dziecka odmawia rodzicom możliwości kontaktowania się z nim, nie podważa tezy SN wyrażonej w głosowanej uchwale. Jak bowiem słusznie wskazano w doktrynie „uregulowanie styczności na podstawie „interwencyjnego” zarządzenia sądu różniłoby się od ukształtowania kontaktów

²⁵ T. Justyński, *Kontakty z dorosłym ubezwłasnowolnionym dzieckiem. Glosa do uchwały SN z dnia 17 maja 2018 r.*, III CZP 11/18, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2019, 2/8, LEX.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*.

na podstawie art. 113 i n. k.r.o. (...) żądanie uregulowania kontaktów nie miałyby tu charakteru roszczenia rodziców, ale byłoby sygnałem nieprawidłowego sprawowania władzy rodzicielskiej lub opieki (jej nadużycia). Pozycja rodziców nie byłaby zatem pozycją osób domagających się ochrony ich własnego prawa, ale raczej żądających ochrony praw dziecka do kontaktowania się z innymi osobami”²⁸. W literaturze zasadnie zwrócono uwagę na to, że „nawet w przypadku wydania takiego zarządzenia, rodzice nie są w żadnej mierze uprawnieni do wyegzekwowania kontaktu na zasadach, które zostały przewidziane dla osób uprawnionych do kontaktu z dzieckiem w trybie, o którym mowa w przepisach art. 598¹⁵–598²² k.p.c.”²⁹.

5. Podsumowanie

Sumując, podzielić należy stanowisko SN co do tego, że rodzicom ubezwłasnowolnionego całkowicie dziecka, któremu wyznaczono opiekuna nie przysługuje roszczenie o uregulowanie kontaktów.

Jednocześnie zgodzić się należy z T. Justyńskim co do tego, że sąd może wydać zarządzenie, mocą którego „przymusi” niejako opiekuna do umożliwienia rodzicom kontaktowania się z ich ubezwłasnowolnionym całkowicie dzieckiem, jeśli uzna, że brak kontaktów narusza dobro dziecka³⁰. Jak jednak trafnie wskazał SN w uzasadnieniu głosowanej uchwały choć „sposób sprawowania opieki nad ubezwłasnowolnionym całkowicie pozostaje pod kontrolą sądu opiekuńczego, który może wydawać następcze zarządzenia w razie stwierdzenia nieprawidłowości (art. 168 KRO), może też wydawać opiekunowi polecenia i udzielać wskazówek na przyszłość (art. 165 KRO)”³¹, to zważyć należy, że „przepisy te (...) nie kreują uprawnienia do domagania się uregulowania kontaktów z podopiecznym”³².

Literatura

- Gajda J., [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, wyd. 7, Warszawa 2021.
 Haak H., Haak-Trzuskawska A., *Pokrewieństwo i powinowactwo (pochodzenie dziecka, stosunki między rodzicami a dziećmi, przysposobienie). Komentarz do art. 61⁷–127 KRO oraz związanych z nimi regulacji KPC (art. 453–458, 579–589)*, Warszawa 2019.
 Justyński T., *Kontakty z dorosłym ubezwłasnowolnionym dzieckiem. Glosa do uchwały SN z dnia 17 maja 2018 r., III CZP 11/18*, „*Orzecznictwo Sądów Polskich*” 2019, 2/8, LEX.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ F. Sztandera, *Glosa częściowo krytyczna do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 17 maja 2018 r., III CZP 11/18*, „*Zeszyt Studencki Kół Naukowych Wydziału Prawa i Administracji UAM*” 2020, nr 10, s. 339.

³⁰ T. Justyński, *op. cit.*.

³¹ Uzasadnienie głosowanej uchwały.

³² Uzasadnienie głosowanej uchwały; zob. też F. Sztandera, *op. cit.*, s. 337–338.

- Mostowik P., [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. M. Domański, J. Słyk, wyd. 9, Warszawa 2022.
- Strzebinczyk J., [w:] *System prawa prywatnego. Tom 12*, red. T. Smoczyński, Warszawa 2011.
- Sztandera F., *Glosa częściowo krytyczna do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 17 maja 2018 r.*, „Zeszyt Studencki Kół Naukowych Wydziału Prawa i Administracji UAM”, 2020, nr 10.
- Zajączkowska-Burtowy J., [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. M. Frasz, M. Habdas, Warszawa 2021.